

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOSIANE ALMEIDA FERRAZ PEREIRA

AS CONSTITUCIONAIS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA NAS
UNIVERSIDADES BRASILEIRAS: UM NOVO PARADIGMA DA IGUALDADE
RACIAL

CURITIBA

2012

JOSIANE ALMEIDA FERRAZ PEREIRA

AS CONSTITUCIONAIS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA NAS
UNIVERSIDADES BRASILEIRAS: UM NOVO PARADIGMA DA IGUALDADE
RACIAL

Monografia apresentada pela acadêmica Josiane Almeida Ferraz Pereira ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Vera Karam de Chueiri

CURITIBA

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

JOSIANE ALMEIDA FERRAZ PEREIRA

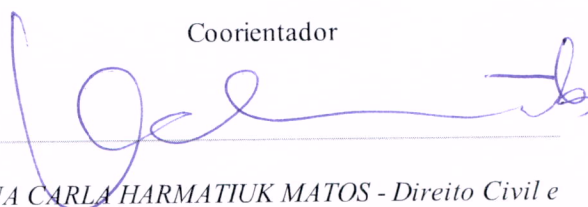
AS CONSTITUCIONAIS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA NAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS: UM NOVO PARADIGMA DA IGUALDADE RACIAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

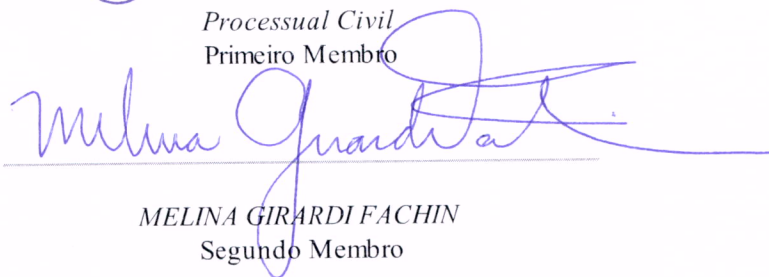


VERA KARAM DE CHUEIRI
Orientador

Coorientador



*ANA CARLA HARMATIUK MATOS - Direito Civil e
Processual Civil*
Primeiro Membro



MELINA GIRARDI FACHIN
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, em primeiro lugar, por ter me dado força de vontade para alcançar patamares cada vez maiores. A gratidão se estende à minha família por ter acreditado sempre, oferecendo incentivo. Meu pai, Laercio, que se faz presente em todos os momentos importantes da minha vida, minha mãe, Maria, que sempre ofereceu bons conselhos, minha irmã, Silvia, tão expressiva em suas demonstrações de amor, meu companheiro Allan, que fortaleceu meus bons pensamentos, foram fundamentais nas minhas vitórias.

Aos amigos, em especial à Franciele Pereira do Nascimento, com quem compartilhei ideais.

Ao Instituto Bom Aluno do Brasil, representado por seus fundadores e componentes, por ter implementado a corrente do bem e pela generosidade em proporcionar oportunidades.

Sou muito grata aos meus mestres, aos de hoje, aos de ontem e aos eternos, pelas lições acadêmicas, bem como pelos ensinamentos para a vida. Em especial, à Professora Vera Karam de Chueiri, pela generosidade e humildade em compartilhar seu conhecimento nesta orientação.

“Dois meninos nasceram na mesma noite, de 27 de setembro de 1871, nessa fazenda cujo regímen se pretende conservar: um é senhor do outro. Hoje eles têm, cada um, perto de doze anos. O senhor está sendo objeto de uma educação esmerada; o escravo está crescendo na senzala. Quem haverá tão decrescente do Brasil a ponto de supor, que em 1903, quando ambos tiverem trinta e dois anos, esses dois homens estarão um para o outro na mesma relação de senhor e escravo? Quem negará que essas duas crianças, uma educada para grandes coisas, outra embrutecida para o cativeiro, representam duas correntes sociais que já não correm paralelas [...] mas se encaminham para um ponto dado em nossa história na qual devem forçosamente confundir-se? Pois bem, o Abolicionismo o que pretende é que essas duas correntes não se movam uma para a outra mecanicamente, por causa do declive que encontram; mas espontaneamente, em virtude de uma afinidade nacional consciente. [...] Isto é, que um e outro sejam arrancados a essa fatalidade brasileira – a escravidão – que moralmente arruína ambos.”

Joaquim Nabuco*

*NABUCO, Joaquim. O Abolicionismo. V. 7. Brasília: Edições do Senado Federal, 2003, p. 194-195.

RESUMO

O presente trabalho diz respeito às políticas de ação afirmativa para negros na universidade, abrangendo desde a origem do preconceito no Brasil até as novas conquistas do âmbito da minoria negra. A principal questão levantada é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, proposta pelo Partido Democratas contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais na UnB. Intenciona-se abordar os tópicos avaliados como mais importantes do julgado. Faz-se, inicialmente, uma retrospectiva histórica do negro no Brasil, demonstrando a origem do preconceito como forma de se compreender as relações raciais hodiernas. Ao longo da monografia, são concatenados História, Direito e sociedade, passando pelo conceito de minoria e suas características. Concede-se especial atenção ao Princípio da Igualdade, em suas vertentes formal x material. Outro destaque é a atuação do Estado na materialização desse Princípio, ao se analisar o Estado Liberal, Social e o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Igualdade, Dignidade da Pessoa Humana, Ações Afirmativas, Minorias

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA	2
1.1. A ORIGEM DA DESIGUALDADE NO BRASIL	3
1.2. O JURÍDICO CONFORMANDO O SOCIAL	14
1.3 ENSAIOS CONCEITUAIS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS	18
1.3.1 O papel do Estado na garantia da igualdade	23
1.4 CONCEPÇÃO HISTÓRICA DA IGUALDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS – IGUALDADE NA LEI E IGUALDADE PERANTE A LEI	26
1.4.1 Igualdade formal X Igualdade material	31
1.5 JUSTIÇAS COMPENSATÓRIA OU DISTRIBUTIVA?	35
2. OS FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DA REPÚBLICA FACE À EXCLUSÃO DO NEGRO	39
2.1 A ALMEJADA IGUALDADE COMO OBJETIVO DA REPÚBLICA	40
2.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA	41
2.3 A IMPERATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	44
3 O NEGRO COMO MINORIA – A “MINORIA” MAJORITÁRIA	47
3.1 CONCEITO DE MINORIA	47
3.2 O ELEMENTO NUMÉRICO DA MINORIA	48
3.3 QUEM SÃO AS MINORIAS?	49
3.4 A MAIORIA NEGRA	51
3.4.1 Dados da exclusão	52
4 AÇÕES AFIRMATIVAS NO ENSINO SUPERIOR	54
4.1 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – FUNDAMENTOS	57
4.2 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 186 – UM NOVO PARADIGMA DA IGUALDADE RACIAL	61
5 A SITUAÇÃO DO NEGRO BRASILEIRO NA REALIDADE HODIERNA	65

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
REFERÊNCIAS.....	68

INTRODUÇÃO

Desde que os rumos da economia no Brasil Colônia se estabeleceram, elegendo o negro como força de trabalho, iniciou-se verdadeira segmentação racial no país.

Com o objetivo de se materializar o conteúdo do Princípio da Igualdade, em decorrência de conquistas alcançadas pelo “movimento negro”, tem-se implementado políticas de ação afirmativa em alguns setores. Entende-se que esse tipo de política pública tem caráter predominantemente reparatório, considerando a negação de direitos ao negro no passado.

Tamanha a necessidade de reparação, que a Constituição Federal de 1988 traz a Igualdade como um objetivo da República, constitucionalizando preocupações fraternas, tais como: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com base nisso, na Dignidade da Pessoa Humana, bem como na sua relação com os Direitos Sociais, surgem as cotas raciais nas universidades, trazendo conquistas e polêmica. A questão levantada gira em torno do próprio Princípio da Igualdade, sob duas óticas distintas: igualdade formal e igualdade material.

Concatenada à ideia de desrespeito ou não ao Princípio, a questão do abstencionismo estatal é trabalhada, por meio de breve análise dos Estados Liberal, Social e Democrático de Direito.

Para abrir os olhos à desigualdade racial, de gênero, de opção sexual, cultural ou qualquer outra, é necessário compreender e identificar os mecanismos que formam os grupos oprimidos: as minorias. Faz-se, portanto, estudo do conceito de minoria, analisando-se também a contradição entre a característica elemento numérico e a representatividade real do grupo.

O ápice deste trabalho é o encontro das questões já abordadas com o julgado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, tópico em que se analisam questões mais específicas do âmbito universitário.

Espera-se, enfim, que a presente monografia cumpra seu papel de debate e reflexão, no âmbito acadêmico e fora dele, acerca da igualdade.

1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

As políticas públicas de ações afirmativas representam um gênero de atuação Estatal no âmbito das minorias¹, voltada à reparação e/ou redistribuição de renda. Para melhor compreender a lógica desse mecanismo político/jurídico, serão expostas noções gerais sobre a origem da desigualdade no País, como também apontamentos acerca da necessidade de atuação do Direito nas relações sociais.

Posterior a uma breve introdução histórica - sem finalidade outra senão a de compreensão da origem da subordinação do negro à hegemonia social branca - adentrar-se-á no conceito de ações afirmativas, considerando suas diversas vertentes.

Concatenada ao tópico das ações afirmativas está a noção de igualdade, a qual serve de conhecimento subsidiário a todo este trabalho e ganha, por óbvio, especial destaque no ordenamento jurídico brasileiro, atuando como um princípio central².

É relevante, para o entendimento da conformação das ações afirmativas com o princípio da igualdade, a análise da evolução do tratamento constitucional dado a esse princípio, como também a conceituação da igualdade formal e da igualdade material frente à hodierna realidade jurídica-social.

¹ Paulo Lucena de Menezes afirma que as “minorias” não são, necessariamente, as únicas beneficiárias dessas políticas. Ele aponta que, para Ronald Dworkin, *affirmative action* ou *reverse discrimination* “are aimed to improve the place and number of black and other minorities in labor, commerce and the professions, by giving them some form of preferences in hiring, promotion, and admission to college and professional schools. (Law’s empire, p. 393). (MENEZES, Paulo Lucena de. Ação Afirmativa: os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira. In: **Revista dos Tribunais**, v. 816, outubro de 2003, p. 40).

² O princípio da igualdade atua na sociedade inclusiva como a viga mestra que sustenta todas as condutas e ações em prol da inclusão. Luiz Alberto David Araújo alude, neste sentido das minorias, que: “A igualdade, desta forma, deve ser a regra mestra de aplicação de todo o entendimento do direito à integração das pessoas portadoras de deficiência. A igualdade formal deve ser quebrada diante de situações que, logicamente, autorizam tal ruptura. Assim, é razoável entender-se que a pessoa portadora de deficiência tem, pela sua própria condição, direito à quebra da igualdade, em situações das quais participe com as pessoas sem deficiência.” (ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed., Brasília: CORDE, 1996, p. 45). Ademais, nas palavras do Professor José Luiz Quadros de Magalhães, tem-se a dimensão do princípio em relação aos Direitos Fundamentais: “O princípio da igualdade jurídica é, como vimos, o alicerce dos direitos individuais, que os transforma de direitos de privilegiados em direitos de todos os seres humanos; entretanto, a igualdade jurídica não fundamenta só os direitos individuais, mas todos os direitos humanos.” (MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Tomo I, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 90).

1.1 A ORIGEM DA DESIGUALDADE NO BRASIL

A supremacia de uma classe sobre a outra remonta a muitos séculos, em especial no Egito Antigo, com a utilização da mão de obra subjugada para construção de pirâmides, templos e demais construções religiosas³. Em outros tempos, a exploração do homem pelo homem ocorreu para gerar força produtiva com finalidade de gerar capital.

Para tanto, esse marco exploratório de mão de obra ocorreu no Brasil, com a formação das capitanias hereditárias e, posteriormente, com a constituição do Brasil Colônia.

Na terra recém-descoberta, ainda no tempo das capitanias hereditárias, cultivava-se cana de açúcar, que exigia muita mão de obra, além de grandes plantações.

A priori, os portugueses colonizadores tentaram explorar a força de trabalho dos nativos, o que restou inexitoso. Caio Prado afirma que o indígena tinha características de rebeldia e indolência, mostrando-se mau trabalhador, de pouca resistência física⁴. Ademais, o nível de cultura e o conhecimento da geografia local do índio eram maiores comparativamente ao negro africano, o que garantia àquele maior capacidade de resistência e organização, segundo o autor⁵.

Julio José Chiavenato, por sua vez, afirma que o motivo para a chegada dos negros no Brasil foi o açúcar, não tendo sido suficiente o trabalho indígena, por meio do escambo ou servil, tal como quando da extração do pau brasil⁶.

Ademais, Jaime Pinsky aponta que a escolha pela não escravização do índio em detrimento do negro é devida ao fato de o índio ser visto à época como homem livre, ao passo que o negro, antes de chegar ao Brasil, passou por uma

³ ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Direito internacional Penal: (*Delicta Iuris Gentium*)**. Rio de Janeiro: Forense. 2000, p. 102.

⁴ O trabalho do indígena, segundo Caio Prado Júnior, iniciou-se com a tarefa de exploração do pau brasil. Posteriormente, empregou-se sua mão de obra nas lavouras de cana. O autor afirma que quanto mais a demanda de trabalho crescia, com a vinda de colonos para o Brasil, o interesse dos índios pelos insignificantes objetos que lhes eram oferecidos caía. Caio Prado aponta que, pela natureza nômade dos nativos, era fácil a adaptação com o trabalho livre e esporádico referente ao pau brasil, diferente do que acontecia com o modo de trabalho organizado e sedentário da agricultura. Ademais, os índios eram muito suscetíveis a moléstias advindas da Europa, o que trouxe alto índice de mortalidade desse grupo. (PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 34-35).

⁵ PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 34-35.

⁶ CHIAVENATO, Julio Jose. **O negro no Brasil: da senzala à abolição**. São Paulo: Moderna, 1999, p. 20.

desestabilização organizacional, uma vez que foi retirado de seu local de origem, passou pela captura, escravização e transporte⁷.

Outro fator que levou à escravidão do negro foi a proteção do indígena pela Igreja Católica⁸. Cabe ressaltar, ainda, a proibição pela Santa Sé de se escravizar índios, no ano de 1537, sob pena de excomunhão⁹.

Décio Freitas acrescenta que entre 1570 e 1755 foram editadas diversas leis, alvarás e resoluções proibitivas de escravidão indígena. Dentre elas, estava a Lei datada de 06 de junho de 1755, promulgada pelo Marquês de Pombal¹⁰, vedando a escravidão de índios no Brasil¹¹.

Além do fato de a exploração escrava do negro sustentar a produção de cana de açúcar - principal fonte de renda da Colônia a partir de meados de 1550 -, defende-se que a justificativa para a preponderância do trabalho escravo negro era a rentabilidade do tráfico negreiro.

Contribuindo para essa tese, Décio de Freitas assevera que a escravidão entre tribos africanas era comum, o que também favoreceu a comercialização de negros¹². O Professor Munanga, da Universidade de São Paulo, embora trabalhe com a tese segundo a qual o tráfico negreiro instalou-se na África por intervenção externa, admite que alguns dirigentes africanos enriqueceram com o tráfico humano¹³.

Nesta toada, Jaime Pinsky afirma que alguns grupos de negros passaram a ter como principal fonte econômica o apresamento de escravos em troca de tecidos,

⁷ PINSKY, Jaime. **Escravidão no Brasil**. 16ª ed. – São Paulo: Contexto, 1998. – (Repensando a História), p. 23.

⁸ Nas palavras de José Oscar Beozzo, padre e estudioso da História da Igreja Católica, o catolicismo no Brasil auxiliou a aproximação entre a casa-grande e a senzala, já que a catequese do negro à época era a subordinação ao seu senhor. Os donos de escravos eram responsáveis pela educação religiosa dos escravos domésticos, sendo dispensados os empregados da lavoura. Segundo o autor, nos tempos do Império imperava uma trílice que dava base à Monarquia: a coroa, a escravidão e a grande propriedade. A Igreja Católica – além de grande latifundiária e proprietária de escravos – funcionava como “um cimento moral que deu consistência à aliança entre esses três elementos”. (BEOZZO, José Oscar. *A Igreja na crise final do Império (1875-1888)*. In: **História Geral da Igreja no Brasil**. Tomo II, segunda época – século XIX. Editora Vozes: Petrópolis, 1980, p. 257-295).

⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **História Geral da Civilização Brasileira**: Reações e Transações. 2 ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967, p. 137.

¹⁰ Segundo Thais Pacievitch, Sebastião José Carvalho e Melo, vulgo Marquês de Pombal, nasceu em Lisboa no dia 13 de maio de 1699, foi um político português, quem verdadeiramente governou Portugal durante o reinado de José I.

¹¹ FREITAS, Décio. **Escravidão e Mercantilismo**. Brasília: Senado Federal. Ministério da Ciência e Tecnologia. Centros de Estudos Estratégicos, 2002, t. II, v. III, p. 55.

¹² FREITAS, Décio. **Palmares**: a guerra dos escravos. 5 ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1984, p. 35.

¹³ MUNANGA, Kabengele, GOMES, Nilma Lino. **O negro no Brasil de hoje**. São Paulo: Global, 2006, p. 27.

trigo, sal e cavalo. Em período subsequente, dentro desses grupos, passou-se a adquirir armas por meio desse escambo com os portugueses, o que trouxe ou aumentou poder de escravizar¹⁴.

Assim, o sistema mercantil funcionava como um verdadeiro ciclo, em que os escravos eram adquiridos pelos traficantes em troca de mercadorias produzidas pelos próprios escravos¹⁵.

Justificada a exploração escravagista do negro como alternativa para a manutenção da agricultura, em um curto período, os negros já representavam mais de 50% da população.

A produção de cana de açúcar transformou o País em verdadeira sociedade de castas, como ensina Chiavenato:

Enquanto provocava esse desastre ecológico, o grande latifúndio criava praticamente duas classes: o negro, brutalizado como um animal, apenas a máquina de trabalho escravo, e o senhor, usufruindo da produção a pedido da metrópole burguesa¹⁶.

A produção na Colônia era voltada ao mercado mundial. As grandes lavouras eram formadas por uma família proprietária de terras e de escravos, conforme assevera Jaime Pinsky. Essas famílias gerenciavam feitores, agregados e escravos. Esses representavam a principal figura na produção. Observa-se, portanto, que, na grande lavoura, o proprietário e sua equipe determinavam os horários, tarefas, ritmo e turnos de trabalho, diferentemente do que ocorria na organização feudal, em que as pequenas unidades produtivas de caráter familiar eram autônomas¹⁷.

Pinsky aponta que o negro escravo foi sempre o centro da grande lavoura, primeiramente da cana de açúcar e, a partir de 1820¹⁸, no café, que passou a representar o principal produto de exportação – considerando também que nesse

¹⁴ PINSKY, Jaime. **Escravidão no Brasil**. 16ª ed. – São Paulo: Contexto, 1998. – (Repensando a História), p. 23.

¹⁵ PINSKY, Jaime. **Escravidão no Brasil**. 16ª ed. – São Paulo: Contexto, 1998. – (Repensando a História), p. 24.

¹⁶ CHIAVENATO, Júlio José. **O negro no Brasil: da senzala à abolição**. São Paulo: Moderna, 1999, p. 29.

¹⁷ PINSKY, Jaime. **Escravidão no Brasil**. 16ª ed. – São Paulo: Contexto, 1998. – (Repensando a História), p. 21.

¹⁸ Com o declínio da produção de açúcar, passou-se a explorar ouro na região das Minas Gerais, levando os negros à região Centro-Oeste do Brasil, sendo, posteriormente, alocados em todo o Brasil. (MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia: uma introdução**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 282).

período houve uma diversificação da agricultura, passando-se a produzir algodão, tabaco e cacau.

Observa-se também, da análise de registros históricos, a existência de normas que tornavam mais difícil e rigorosa a vida do escravo negro, reforçando seu tratamento patrimonial. A título de exemplo, cita-se a Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, que, em seu art. 2º, § 1º¹⁹, incluía o escravo no rol de objetos, condição que permitia que, sobre ele, recaísse a hipoteca agrícola²⁰. Como verdadeira propriedade, o escravo negro podia ser alugado, comprado, trocado e oferecido como fiança.

Por conta da concorrência do tráfico negreiro entre diversos países europeus, passou-se a transportar escravos em péssimas condições, gerando a morte de muitos deles, em total desrespeito aos direitos humanos como hoje se conhece.

O tratamento dado às mulheres negras durante o período de escravidão no Brasil, acentuando-se após o século XVII, era de igual forma desumano, conforme lições de Júlio José Chiavenato:

Entre os mais terríveis quadros da escravidão destacou-se o destino dado às "crias" das negras. Não era econômico elas criarem seus filhos: nos períodos em que o preço do escravo estava em baixa, os recém-nascidos eram mortos. Jogados ao chão pisados, enterrados vivos-mortos, para não custarem nada ao senhor e não tomarem o tempo do trabalho da escrava. Economizava-se, assim, o alimento que comeriam até começarem a trabalhar. Alguns senhores nem admitiam que as negras engravidassem: obrigavam-nas ao aborto quando suspeitavam da gravidez. E como geralmente só suspeitavam aos quatro ou cinco meses, é fácil perceber a violência do aborto que se cometia. Muitas negras, sabendo do triste destino das suas "crias", abortavam antes de serem descobertas. Introduziam ervas e raízes na vagina para expelir o feto. As que passavam despercebidas e davam à luz, se não conseguissem esconder as crianças – o que era difícil –, preferiam sacrificá-las elas próprias em vez de oferecê-las aos seus algozes que executavam os bebês²¹.

Com objetivo diverso do de atribuir direitos ou reconhecer os direitos fundamentais dos negros, a Coroa portuguesa passou a editar normas

¹⁹ “Art. 2.º A hypotheca é regulada sómente pela Lei civil, ainda que algum ou todos os credores sejam commerciantes. Ficão derogadas as disposições do Código Commercial, relativas á hypotheca de bens de raiz. § 1.º Só podem ser objecto de hypotheca: Os immoveis. Os accessorios dos immoveis com os mesmos immoveis. Os escravos e animaes pertencentes ás propriedades agricolas, que forem especificados no contracto, sendo com as mesmas propriedades. O dominio directo dos bens emphiteuticos. O dominio util dos mesmos bens independente da licença do senhorio, o qual não perde, no caso de alienação, o direito de opção.”

²⁰ JANSEN, Geziela. **Política de Cotas Raciais em universidades brasileiras**: entre a legitimidade e a eficácia. Curitiba: Juruá, 2010, p.75.

²¹ CHIAVENATO, Júlio José. **O negro no Brasil**: da senzala à abolição. São Paulo: Moderna, 1999, p. 47.

abrandadoras do tratamento dispensado ao negro. Destaca-se, aqui, o Decreto datado de 30 de setembro de 1693, que vedava a utilização de ferros nos escravos e a colocação destes em cadeias apertadas, bem como a Carta Régia de 20 de março de 1688, a qual proibia o castigo desmoderado dos escravos.

Outro exemplo é a Lei n. 3.310, de 15 de outubro de 1886, a qual exterminou a pena de açoites para os escravos, gerando exaltados protestos por parte dos fazendeiros, os quais acreditavam que suprimir esse castigo seria o equivalente a abolir a escravidão²².

Essas “benesses” conquistadas pelos escravos, a partir dos anos de 1860, não tinham característica unilateral. Passou-se a oferecer tratamento, alimentação e cuidado de mais qualidade para que houvesse, em contrapartida, mais trabalho²³.

Maria Helena Machado aduz que não há estudos demográficos que comprovem os apontamentos de melhoria no padrão de vida dos escravos, mas estes passaram a ser o centro de dados que apresentavam diminuição da mortalidade infantil, aumento da longevidade, aumento da fecundidade, entre outras informações positivas no sentido de sensibilidade quanto às condições de vida da população escrava. A autora defende que, nesse período, a força das vozes abolicionistas, somada às denúncias em jornais e à formação da opinião pública, exerceu influência positiva na forma de tratar os escravos²⁴.

A explicação para essa mudança encontra base em três elementos: no medo de uma revolta geral desse grupo que constituía a maior parte da população, no objetivo de retardar a abolição da escravatura, como também na preocupação em justificar a adoção do sistema escravista²⁵.

Jaime Pinsky aponta que, em 1869, quando se iniciou o debate mais sério acerca da abolição, foi editada lei proibindo a venda de escravos debaixo de pregão e em exposição pública, assim como a separação entre pais e filhos menores de 15 anos. O autor registra - como forma ilustrativa da categoria de produto mercantil em que o escravo se enquadrava - os diversos anúncios na imprensa do século XIX

²² MACHADO, Maria Helena. **O Plano e o pânico**: os movimentos sociais na década da abolição. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, EDUSP, 1994, p. 25

²³ MACHADO, Maria Helena. **O Plano e o pânico**: os movimentos sociais na década da abolição. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, EDUSP, 1994, p. 22.

²⁴ MACHADO, Maria Helena. **O Plano e o pânico**: os movimentos sociais na década da abolição. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, EDUSP, 1994, p. 24.

²⁵ JANSEN, Geziela. **Política de Cotas Raciais em universidades brasileiras**: entre a legitimidade e a eficácia. Curitiba: Juruá, 2010, p. 74-75.

com propostas de compra e venda de escravos, ressaltando suas “qualidades”, tais como humildade, conformismo e boa saúde²⁶.

Maria Helena Machado assevera que os negros escravos, por vezes, defendiam sua autonomia por meio de fugas, sabotagem do trabalho, “preguiça”, entre outros meios. Corriqueiramente a revolta acabava em registros pela prática de crimes contra os senhores e seus prepostos²⁷. Essas ações, para a estudiosa, representavam uma defesa do que foi garantido por meio de confronto, o início de organização social independente, advinda do comércio de produtos produzidos, com vistas à subsistência. Era uma formação incipiente de microeconomia proveniente de roubos e eventualmente do recebimento de gratificações por trabalho extra.

Em 1871, foi editada a primeira lei propriamente voltada à abolição. A Lei n. 2.040, de 28 de setembro de 1871, chamada Lei do Ventre Livre, concedia liberdade aos filhos de escravos nascidos a partir dessa data, mantendo-os, entretanto, sob a tutela dos senhores até atingirem a idade de 21 anos. Isso levou ao aumento da mortalidade infantil, considerando o descaso com esses filhos de escravas e as péssimas condições de vida oferecidas a eles.

Ademais, essa Lei encerrou a “produção” de escravos no Brasil. No tocante às crianças nascidas livres em decorrência da norma, o texto assim determinava:

Art. 1º Os filhos da mulher escrava, que nascerem no Império desde a data desta lei, serão considerados de condição livre.

§ 1º Os filhos da mulher escrava ficarão em poder e sob a autoridade dos senhores de suas mães, os quais terão obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de oito anos completos.

Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá a opção, ou de receber do Estado indenização de 600\$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 anos completos. No primeiro caso o Governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei.

Dora Bertúlio retratou de forma clara a restrição de direitos fundamentais em relação aos negros, mesmo depois da edição desta lei:

A liberdade restringia-se pelo fato de que, aos 8 anos, o filho nascido livre deveria ser entregue a uma instituição do Governo, espécie de orfanato e reformatório, ou continuar escravo até os 21 anos, opção que, obviamente não era dada à mãe, mas ao senhor da escrava mãe. Esta lei transformava-se, portanto, em significativo instrumento de orientação ideológica para a

²⁶ PINSKY, Jaime. **Escravidão no Brasil**. 16ª ed. – São Paulo: Contexto, 1998. – (Repensando a História), p.89.

²⁷ MACHADO, Maria Helena. **O Plano e o pânico**: os movimentos sociais na década da abolição. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, EDUSP, 1994, p. 22.

apreensão de direitos e garantias constitucionais que era apresentada a todos, mas tinha legitimidade e efetividade diferentes e hierarquizadas, quer se tratasse de indivíduos brancos, quer se tratasse de indivíduos negros. Por técnica jurídica, os frutos dos partos livres eram, então e também, os brasileiros livres, os cidadãos que a Constituição do Império nomeava e aos quais garantia plenos e totais direitos fundamentais²⁸.

No ano de 1885, foi promulgada a Lei n. 3.270, de 28 de setembro, Lei Saraiva-Cotegipe, conhecida como Lei dos Sexagenários, a qual previa a libertação dos escravos com mais de 60 anos, tendo os proprietários, como contraprestação, compensações financeiras.

A norma também carregava em seu conteúdo que os escravos com idade entre 60 e 65 anos prestariam serviços durante três anos aos seus senhores e, após os 65 anos de idade, seriam libertos. Poucos negros, entretanto, chegavam a essa idade, sendo impensável que teriam condições de garantir autonomia financeira, haja vista a marginalização, como também a existência de competitividade com os imigrantes europeus no mercado de trabalho.

A partir desse mesmo ano, liderados por alguns grupos abolicionistas, muitos escravos rebelaram-se contra a imposição de força a que se submetiam. Passaram, então, a lutar mais incisivamente por sua liberdade, o que culminou nas fugas em massa, as quais representaram o golpe final contra a escravidão²⁹.

Todavia, segundo André Luiz Nunes da Silva, a escravidão no Brasil (de igual forma o papel de subalterno da população negra) tinha como ditame a cor de pele³⁰. Desse modo, mesmo com a fuga, não era possível ao escravo fugir da sua condição de inferior, uma vez que se tornava impossível a reintegração social³¹.

²⁸ BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. Ação Afirmativa no Ensino Superior - considerações sobre a responsabilidade do Estado Brasileiro na promoção do acesso de negros à Universidade - o Sistema Jurídico Nacional. In: **O negro na universidade: direito à inclusão**. Jairo Queiroz Pacheco, Maria Nilza da Silva (orgs.) – Brasília, DF :Fundação Cultural Palmares, 2007, p. 62.

²⁹ MACHADO, Maria Helena. **O Plano e o pânico: os movimentos sociais na década da abolição**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, EDUSP, 1994, p. 67.

³⁰ A historiadora Hebe Mattos, em posicionamento contrário, afirma que, inicialmente, a cor era uma referência facilmente utilizada para identificar a posição social dos indivíduos. Ser branco era sinônimo de ser livre. Para ela, a cor deixou de ser elemento de diferenciação entre livres e escravos e não mais se falou sobre a pigmentação da pele nos registros históricos. A estudiosa afirma que se passou a utilizar para essa distinção os elementos autonomia, as solidariedades familiares e o trabalho assalariado eventual. (MATTOS, Hebe. **Das Cores do Silêncio: os significados da Liberdade no Sudeste Escravista – Brasil Século XIX**. Rio de Janeiro. Arquivo Nacional, 1995, p.115).

³¹ SILVA, André Luiz Nunes da. **Ações afirmativas e cotas raciais na Universidade: uma via de promoção da igualdade material**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 26.

A concepção do negro no período colonial era definida como ser humano não civilizado, biologicamente inferior³², em conformidade com os apontamentos de Octavio Ianni sobre a condição dos escravos:

Em verdade, o escravo não tem personalidade, estado, sendo indivíduo privado de capacidade civil e somente podendo exprimir-se por intermédio do senhor, de que é propriedade inalienável. Assim como não pode fugir ao trabalho nem divertir-se segundo os padrões definidos pela tradição cultural do grupo originário. O africano ou descendentes não poderão nem mesmo circular sem estar vinculados de algum modo ao seu senhor; Isto é, sem que esteja claramente definida a sua condição econômica, social e moral de propriedade de outrem. A palavra do escravo não tem voz. Por isso o cativo em trânsito pela comunidade ou entre as vilas será preso se não tiver munido de um salvo conduto, assinado pelo seu proprietário. Esse o significado do provimento que estabelece "que os juizes Ordinários fação prender a todos os negros e mulatos cativos de outros districtos que não apresentarem passaporte da pulicia com a licença de seus Senhores remetendo os para a cadeia da cabeça da comarca" (8.o provimento formulado pelo ouvidor Geral Dr. João Baptista dos Guimarães Peixoto ano de 1800). Dessa maneira, o domínio do escravo é completo. Secundados por órgão e agentes policiais, os senhores conseguem o controle total dos cativos, mantendo-os na condição de semoventes³³.

³² Essa concepção de inferioridade do negro se constata até os dias atuais. James Watson, codescobridor da estrutura do DNA e Nobel da Medicina em 1962, declarou, em entrevista ao jornal britânico The Sunday Times que os negros são menos inteligentes do que os brancos. "Toda a nossa política social está baseada no facto da inteligência deles [dos africanos] ser a mesma que a nossa. Mas todas as experiências dizem que não é bem assim", afirmou o estudioso. Ainda: "Quem tenha que lidar com empregados negros sabe que isto não é verdade". Apesar do racismo impregnado ao discurso, Watson não é voz isolada neste sentido. O cientista político norte-americano, Charles Murray, afirmou, em momento anterior, em seu livro "The Bell Curve" (A Curva do Sino, Free Press, 1994), que testes de QI (quociente de inteligência) demonstravam que os brancos se saiam melhor que os negros, de maneira geral. Ao contrário do que os pesquisadores afirmam, comprova-se que a diferença entre brancos e negros é puramente cultural. Dora de Lima Bertúlio, nesse sentido, traz que: "Esta (a cultura) que, embora tenha servido para estabelecer hierarquização a partir do "padrão europeu como cultura superior e a dos povos negros como inferior", igualmente, permitiu a observação de que os comportamentos, visão do mundo, mitos, não são genéticos, isto é, determinados por hereditariedade, mas determinados e formados pelas sociedades, de acordo com condições específicas do lugar e das necessidades de cada formação social. Portanto são unicamente culturais e nunca "materiais". A explicação para a diversidade cultural dos vários povos, encontra-se, talvez mais na sua atual situação geográfica, o que elimina, igualmente, a posição geográfica de dado povo como determinador de capacidade física ou intelectual." (BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. **Direito e relações raciais**: uma introdução crítica ao racismo. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, 1989, p. 75-76).

³³ IANNI, Octavio. **As metamorfoses do escravo**. 2.ed. São Paulo: Hucitec, 1988, p.122.

Carlos Benedito Rodrigues da Silva³⁴ chega a afirmar que os “não-brancos” eram considerados “não-humanos”, sendo que a humanização se daria durante processo civilizatório consistente na escravidão³⁵.

Maria Helena Machado aponta alguns elementos que, reunidos, sinalizaram o fim da ordem escravista: a organização abolicionista, o abandono do trabalho pelos escravos e a consequente inviabilização do trabalho coercitivo.

Muitos autores atribuem o fim da escravidão às pressões inglesas sobre o Império Brasileiro. Chiavenato, por exemplo, afirma que a Inglaterra, visando a eliminar a concorrência no mercado açucareiro, iniciou suas investidas contra o tráfico de na época em que o Brasil começava a se reestruturar no cultivo de cana de açúcar, por volta da metade do século XIX³⁶.

Em março de 1845, a Inglaterra firmou acordo com o Brasil para que este extinguisse o tráfico de escravos. Com a Lei Bill Aberdeen³⁷, os ingleses estavam autorizados a apreender navios negreiros, inclusive em águas territoriais brasileiras. Os ingleses adquiriram também o poder de, nesses casos, julgar os comandantes, tendo sido incumbidos de devolver os escravos à África ou transferir os capturados para seus navios.

Em razão da importância da força de trabalho escrava para o desenvolvimento, a referida lei não vinha sendo cumprida. Em março de 1850, o primeiro-ministro britânico fez ameaças para que fossem respeitados os tratados, quando então foi editada a Lei n. 581, de 4 de setembro de 1850 (Lei Eusébio de Queirós³⁸), a qual previa o crime de importação ou tentativa de importação de escravos³⁹.

³⁴ Mestre em Antropologia Social pela Universidade Estadual de Campinas (1992) e Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Atualmente é coordenador do Núcleo de Estudos Afro-Brasileiros da FMA e professor Associado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, do Departamento de Sociologia e Antropologia da Universidade Federal do Maranhão.

³⁵ SILVA, Carlos Benedito Rodrigues da. AÇÕES AFIRMATIVAS: uma proposta de superação do racismo e das desigualdades. In: **Revista de políticas públicas** – Vol. 1, n. 1 (Jan/Jun. 1995) - São Luis: EDFUMA, 1995, p. 68.

³⁶ CHIAVENATO, Julio Jose. **O negro no Brasil: da senzala à abolição**. São Paulo: Moderna, 1999, p. 32.

³⁷ Homenagem ao então ministro britânico de Relações Exteriores, Lord Aberdeen.

³⁸ Eusébio de Queirós foi Ministro da Justiça de 1848 a 1852.

³⁹ Em seu art. 1º, a Lei previa: As embarcações brasileiras encontradas em qualquer parte, e as estrangeiras encontradas nos portos, enseadas, ancoradouros, ou mares territoriais do Brasil, tendo a seu bordo escravos, cuja importação he prohibida pela Lei de sete de Novembro de mil oitocentos trinta e hum, ou havendo-os desembarcado, serão apprehendidas pelas Autoridades, ou pelos Navios de guerra brasileiros, e consideradas importadoras de escravos.

Como alternativa para a manutenção da força de trabalho que representava o cerne da economia, passou-se a contrabandear escravos. Com o intuito de conter essa ação, em 5 de julho de 1854 foi aprovada a Lei Nabuco de Araújo⁴⁰, prevendo sanções para as autoridades que protegessem o tráfico de escravos, o qual perdurou até 1856.

Tentou-se, durante período anterior ao declínio do sistema escravagista, a concessão da liberdade aos escravos, condicionada a contratos de serviço entre os senhores e seus ex-escravos⁴¹. Os senhores de escravos passaram a conviver com o temor provocado pela criminalidade que os escravos passaram a praticar, principalmente homicídios contra os detentores do poder⁴².

Em 1880, Joaquim Nabuco⁴³ e José do Patrocínio⁴⁴ reuniram adeptos da abolição e criaram, no Rio de Janeiro, a Sociedade Brasileira Contra a Escravidão, instigando a formação de outros grupos semelhantes pelo Brasil. O jornal “O Abolicionista”, de Joaquim Nabuco, e a “Revista Ilustrada”, de Ângelo Agostini, foram modelos para as outras publicações contrárias à escravidão. Advogados, artistas, intelectuais, jornalistas e políticos envolveram-se no movimento e arrecadaram fundos para pagar cartas de alforria. No Recife, universitários do curso de Direito organizaram-se e fundaram uma associação abolicionista, formada por ilustres da época, como Plínio de Lima, Castro Alves, Rui Barbosa, Aristides Spínola, Regueira Costa, dentre outros. Em São Paulo, o trabalho mais importante e expressivo foi o

Aquellas que não tiverem escravos a bordo, nem os houverem proximamente desembarcado, porêm que se encontrarem com os signaes de se empregarem no trafico de escravos, serão igualmente apprehendidas, e consideradas em tentativa de importação de escravos.

⁴⁰ Nabuco de Araújo foi Ministro da Justiça de 1853 a 1857.

⁴¹ MACHADO, Maria Helena. **O Plano e o pânico**: os movimentos sociais na década da abolição. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, EDUSP, 1994, p. 67.

⁴² Acerca desses crimes, praticados já antes do período em que se aborda, foi editada a lei n. 4, de 10/06/1835, a qual, em seu art. 1º, regulava que “Serão punidos com pena de morte os escravos ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem outra qualquer ofensa física a seu senhor, sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, o administrador, o feitor, e a suas mulheres, que com eles viverem. Se o ferimento ou ofensa física for leve, a pena será de açoites à proporção das circunstâncias mais ou menos agravantes. Art. 2º: Acontecendo alguns dos delitos mencionados no art. 1º, o de insurreição, e qualquer outro cometido por pessoas escravas, em que caiba a pena de morte, haverá reunião extraordinária do júri do termo (caso não esteja em exercício) convocada pelo Juiz de Direito, a quem tais

⁴³ Joaquim Nabuco foi diplomata, advogado, político, jornalista e poeta. Escreveu “O Abolicionismo” e “Minha Formação”, obra de memórias, em que é demonstrado o paradoxo de quem foi educado por uma família escravocrata, em contrapartida resolveu lutar em favor dos escravos. (Disponível em <<http://educacao.uol.com.br/biografias/joaquim-nabuco.jhtm>>. Acesso em 04 de novembro de 2012).

⁴⁴ José do Patrocínio foi fundador da revista mensal “Os Ferrões”. Posteriormente, transferiu seus textos libertários para “A Gazeta de Notícias”. Filho de escrava alforriada, militou pela abolição na escrita e nas ruas. (Disponível em <<http://educacao.uol.com.br/biografias/jose-do-patrocinio.jhtm>>. Acesso em 04 de novembro de 2012).

do ex-escravo, considerado um herói abolicionista, o advogado Luís Gama, responsável diretamente pela libertação de milhares de escravos.

Acerca do assunto, Joaquim Nabuco escreveu em 1883:

O abolicionismo é antes de tudo um movimento político, para o qual, sem dúvida, poderosamente concorre o interesse pelos escravos e a compaixão pela sua sorte, mas que nasce de um pensamento diverso: o de reconstruir o Brasil sobre o trabalho livre e a união das raças na liberdade⁴⁵.

Com a abolição da escravatura, por meio da Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888, desenvolveu-se uma política de branqueamento genético e cultural da população brasileira, com a vinda de imigrantes europeus ao Império. Tentou-se manter a dicotomia social por meio da substituição do trabalho escravo pela força de trabalho dos imigrantes, gerando miscigenações sucessivas das gerações que viriam⁴⁶.

Carlos Hasenbalg afirma que os defensores do ideal de branqueamento difundido na época acreditavam haver uma superioridade branca e que, se ocorresse a miscigenação, os negros acabariam desaparecendo e estaria resolvido o problema racial brasileiro. Sobre o ideal de branqueamento, Hasenbalg conceitua, como também expõe as consequências sofridas pelos negros em relação ao branqueamento:

O processo de branqueamento da população brasileira vem ocorrendo há várias décadas. Além do impacto da imigração européia e da prática tradicional de exploração sexual de mulheres negras por homens brancos de classe média e superior, o efetivo branqueamento da população resulta da tendência das pessoas de cor para escolherem parceiros de casamento mais claros que elas próprias. Dada a recompensa atribuída ao ideal de brancura, o sistema induz os não brancos a casar com pessoas mais claras, de modo a maximizar as chances de mobilidade ascendente de sua prole. Para as pessoas mais escuras, confinadas em posições sociais inferiores, há sempre a esperança de que seus filhos, se convenientemente “branqueados”, tenham mais oportunidade que elas tiveram⁴⁷.

⁴⁵ NABUCO, Joaquim. **O Abolicionismo**. São Paulo, Publifolha, 2000, p. 21-23.

⁴⁶ FERNANDES, Florestan. Relações de raça no Brasil: realidade e mito: In: FURTADO, Celso. (Coord.). **Brasil: tempos modernos**. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p.126.

⁴⁷ HASENBALG, Carlos. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005, p. 249.

A figura do “mulato”⁴⁸, decorrente dessa mestiçagem então surgira, o que diminuiu as tensões raciais no país. Ele era considerado superior ao negro, uma evolução em relação a este⁴⁹.

A construção da Nação tinha como modelo a Europa, com vistas a amenizar os efeitos da diversidade racial e a abafar ou enfraquecer a cultura negra. Certo é que, após esse período, o negro continuou preso aos padrões que antes eram inerentes ao seu ser.

Em consequência disso, marginalizados, sem instrução e marcados pela cor de sua pele, considerando ainda a mão de obra importada, não houve alternativa de promoção social ao ex-escravo.

1.2 O JURÍDICO CONFORMANDO O SOCIAL

Antonio Sérgio Alfredo Guimarães aponta como origem do preconceito racial alguns fundamentos de diversos âmbitos, tais como a teologia pela descendência dos filhos de Caim, as teorias científicas sobre as raças; da sociologia da escravidão, como sistema amoral e brutalizado; a antropologia evolucionista dos povos primitivos; a sociologia da herança da escravidão; o jornalismo da criminalidade urbana, entre outros⁵⁰.

Uma gênese mais comumente apontada para o preconceito racial no País, como se viu no item 1.1 deste trabalho, diz respeito à escravidão no Brasil em seu período Colonial. Com a abolição da escravatura e a Proclamação da República, a elite tomou para si a responsabilidade de integrar os negros de forma simbólica e material.

Os ex-escravos, agora “livres”, passaram por marginalização geográfica e socioeconômica, continuaram como empregados das fazendas ou dirigiram-se às periferias das cidades, onde acabaram permanecendo (até os dias atuais). As funções e posições sociais alteraram-se minimamente, agora com o pagamento de salários baixíssimos, em decorrência da vasta oferta de mão de obra.

⁴⁸ Munanga sustenta que o mulato foi fruto de um crime sexual tendo o português como agente e a mulher africana como vítima, e não de um casamento tradicionalmente consagrado. (MUNANGA, Kabengele. **Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra**. 3 ed. Belo Horizonte: Autêntica: 2008, p. 92).

⁴⁹ HASENBALG, Carlos. **Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005, p. 247.

⁵⁰ GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo; HUNTLEY, Lynn (Orgs.). **Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 25.

A estrutura social brasileira, após o século XIX, ficou bastante representada por dois segmentos da sociedade: um grupo de pessoas pôde se inserir na vida social, sendo integrada e se consolidando com as modificações que se implantavam, como a urbanização e a industrialização (brancos); o outro continuava à margem dessa sociedade (negros). Esse mundo, no dizer de Florestan Fernandes⁵¹, é o mundo dos brancos, que assim apresentou o mundo dos negros no Brasil:

O mundo dos negros ficou praticamente à margem desses processos socioeconômicos, como se eles estivessem dentro dos muros da cidade mas não participassem coletivamente de sua vida econômica, social e política. Portanto, a desagregação e a extinção do regime servil não significou modificação das posições relativas dos estoques raciais em presença na estrutura social da comunidade. O sistema de castas foi abolido legalmente. Na prática, porém a população negra e mulata continuou reduzida a uma condição social análoga à preexistente. Em vez de ser projetada, em massa, nas classes sociais em formação e em diferenciação, viu-se incorporada à "plebe", como se devesse converter-se numa camada social dependente e tivesse de compartilhar de uma "situação de casta" disfarçada. Daí resulta que a desigualdade racial manteve-se inalterável, nos termos da ordem racial inerente à organização social desaparecida legalmente, e que o padrão assimétrico de relação racial tradicionalista (que conferia ao "branco" supremacia quase total e compelia o "negro" à obediência e à submissão), encontrou condições materiais e morais para preservar-se em bloco⁵².

Pelo exposto, a imobilidade socioeconômica da população negra acaba sendo resultado do tipo de abolição da escravatura no Brasil. Chiavenato reforça que o negro constituiu o cerne da história brasileira, conformando a economia e explicando a evolução social, bem como as diferenças existentes na atualidade⁵³.

Verifica-se que a evolução social encontra reflexos no mundo do Direito. Bourdieu afirma que "cada sociedade, em cada momento, elabora um corpo de problemas sociais tidos como legítimos, dignos de serem discutidos, públicos, por vezes oficializados e, de certo modo, garantidos pelo Estado"⁵⁴.

⁵¹ Thomas Skidmore, em SKIDMORE, Thomas Elliot. **Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 296 afirma que "Florestan Fernandes acusava seus compatriotas de 'ter o preconceito de não ter preconceito' e de se aferrar ao 'mito da democracia racial'. Ao acreditar que a cor da pele nunca fora barreira para a ascensão social e econômica dos não brancos pudesse ser atribuída a qualquer outra coisa além do relativo subdesenvolvimento da sociedade ou da falta de iniciativa individual".

⁵² FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**. 2 ed. São Paulo: Global, 2007, p.106.

⁵³ CHIAVENATO, Julio Jose. **O negro no Brasil: da senzala à abolição**. São Paulo: Moderna, 1999, p. 75.

⁵⁴ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Bertrand Brasil, 1989, p. 35.

O fato é que a discriminação sofrida pelos negros desde o início da formação da nação brasileira produziu diferenças sociais na distribuição de bens, assim como na instrução escolar, levando de igual forma à desigualdade social.

Nessa esteira, Maria José Farinãs Dulce defende que a diferença étnica e econômica não pode ser encarada como mera situação fática, mas deve ser interpretada como um valor e princípio jurídico que deve ser protegido⁵⁵. Nas lições de Wolkmer, o Direito atua como concretização da evolução histórico-social:

A partir da compreensão de que toda criação reproduz determinado tipo de relações sociais envolvendo necessidades, produção e distribuição, torna-se natural perceber a cultura jurídica brasileira como materialização das condições histórico-políticas e das contradições socioeconômicas (...)⁵⁶

Pode-se observar, portanto, que a escravidão observada no Brasil foi e continua sendo uma situação social fática que se traduziu em contradição socioeconômica. Nesta esteira, Bourdieu afirma que “cada sociedade, em cada momento, elabora um corpo de problemas sociais tidos como legítimos, dignos de serem discutidos, públicos, por vezes oficializados e, de certo modo, garantidos pelo Estado”⁵⁷.

Por via de consequência, as diferenças socioeconômicas advindas da questão racial tornaram-se um problema jurídico. Jean Carbonnier sustenta que “Todos os fenômenos jurídicos podem ser constituídos como fenômenos sociais (...) nem todos os fenômenos sociais são fenômenos jurídicos”.⁵⁸

A partir da problemática traduzida no preconceito racial⁵⁹, surgiu a necessidade de o mundo jurídico posicionar-se acerca da igualdade, estabelecendo medidas de inclusão das minorias, além de constitucionalizar ideais como a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, Robert Alexy fala em paradoxo da igualdade, no sentido de que toda igualdade de direito tem por consequência uma desigualdade de fato, e

⁵⁵ DULCE, Maria José Farinãs. **Ciudadania ‘universal’ versus cidadania ‘fragmentada’**. Rivista Quadrimestrale Sociología Del Diritto, Itália, ano XXVII, 2001, p. 115-119.

⁵⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 69.

⁵⁷ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Bertrand Brasil, 1989, p. 35.

⁵⁸ CARBONNIER, Jean. **Sociologia Jurídica**. Coimbra: Almedina, 1979, p. 177-178.

⁵⁹ Além do preconceito de gênero, também do relativo às pessoas portadoras de deficiência, do decorrente da opção sexual, além de outras questões ligadas às minorias.

toda desigualdade de fato tem como pressuposto uma desigualdade de direito⁶⁰. Diante dessa aparente desigualdade de fato, frente à igualdade de direito que se impunha, necessária foi a implementação de uma desigualdade de direito com vistas à reparação.

Está-se falando, aqui, do instrumento jurídico de ação afirmativa, a fim de reparar a desigualdade social que se perdura até os dias atuais, retribuindo aos negros as oportunidades não tidas no passado.

Joaquim Barbosa Gomes e Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva trazem que não basta o combate à discriminação; que se vede o tratamento discriminatório. É necessário que se gere uma conscientização coletiva. Os autores defendem que as ações afirmativas visam não somente a impedir a discriminação (negativa)⁶¹, mas promovem a eliminação dos efeitos psicológicos, culturais e comportamentais persistentes da diferenciação, o que se chama de discriminação estrutural⁶².

A partir do momento em que se pensou em promover justiça social, aplicando-se a ideia de igualdade de oportunidades, começaram a surgir, no ordenamento jurídico nacional, como também no Direito Internacional, políticas sociais voltadas a beneficiar os novos sujeitos de direito⁶³, concretos e específicos, bem como socialmente fragilizados⁶⁴.

A justificativa de se adotar políticas de ações afirmativas como medida paliativa apta a buscar a posição de igualdade pode ser resumida ao pensamento de Daniel Bell, o qual afirma que - concomitantemente ao destaque que a sociedade

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001).

⁶¹ Discriminação negativa, segundo Renata Malta Villas-Boas significa “tratar-se de forma diferenciada um determinado grupo social ou um conjunto de pessoas que possuem características em comum, com o objetivo de menosprezá-las, dando a elas atributos e qualificações negativas”. (VILLAS-BOAS, Renata Malta. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade**. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2003, p. 28).

⁶² GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: **Seminário Internacional as minorias e o direito** (2001: Brasília/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council. – Brasília: CJF, 2003, p. 106

⁶³ Antonio Carlos Wolkmer, sobre esses novos movimentos sociais que constituem as minorias: “são situados como identidades coletivas conscientes, mais ou menos autônomos, advindos de diversos estratos sociais, com capacidade de autoorganização e autodeterminação, interligadas por formas de vida com interesses e valores comuns, compartilhando conflitos e lutas cotidianas que expressam privações e necessidades por direitos, legitimando-se como força transformadora do poder e instituidora de uma sociedade democrática, descentralizadora e igualitária”. (WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 240).

⁶⁴ SOUSA, Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumentos de concretização da igualdade material**. São Paulo: All Print Editora, 2008, p.146-147.

deu à educação formal como forma de acesso a direitos - esses mecanismos passaram a representar barreiras como os indivíduos que não tiveram acesso à educação⁶⁵.

É evidente que toda essa discussão acerca da adoção de políticas de ações afirmativas com vistas a trazer a minoria ao mesmo patamar dos demais está intrinsecamente ligada à aplicação da igualdade material, tema que será abordado em capítulo posterior.

Joaquim Shiraishi Neto defende a necessidade do debate e da formulação de políticas jurídicas relacionadas à garantia da existência do “outro”, que é preciso ir além da igualdade formal. É necessário, ainda, um tratamento que possa fazer com que esses grupos sociais pertençam ao mesmo plano dos demais, de modo a garantir as mesmas oportunidades⁶⁶.

Observa-se, do exposto, que a prática jurídica é esculpida pelas construções formadas de problemas eleitos pela sociedade. Nesse diapasão, Joaquim Barbosa e Fernanda Duarte afirmam ser essencial que se realize uma transformação no comportamento e na mentalidade coletiva, que são moldados pela tradição, pelos costumes, em suma, pela História⁶⁷.

1.3 ENSAIOS CONCEITUAIS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Para fins introdutórios, é importante compreender onde surgiram as ações afirmativas, que constituem um gênero da qual a cota racial é apenas uma espécie⁶⁸. Ao contrário do que muitos estudiosos afirmam, as ações afirmativas não têm sua origem restrita aos Estados Unidos, onde alcançaram maior visibilidade.

⁶⁵ BELL, Daniel. Ethnicity and social change. In: GLAZER, Nathan; MOYNIHAN, Daniel Patrick. (Eds.) **Ethnicity: theory and experience**. Harvard University Press, 1975, p. 147.

⁶⁶ NETO, Joaquim Shiraishi. **O Direito das minorias**: passagem do “invisível” real para o “visível” formal?. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2004, p. 41.

⁶⁷ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: **Seminário Internacional as minorias e o direito** (2001: Brasília)/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council. – Brasília: CJF, 2003, p. 105.

⁶⁸ Paulo Lucena de Menezes afirma que as ações afirmativas podem se manifestar por meio da implementação de cotas raciais ou de metas, da concessão de preferências, como também por meio do que ele chama de formas suaves, que constituem o recrutamento direcionado, o treinamento, bem como a assistência promocional oferecidos pelos empregadores. (MENEZES, Paulo Lucena de. Ação afirmativa: o modelo jurídico internacional e a experiência brasileira. In: **Revista dos Tribunais**, v. 816, outubro de 2003, p. 40).

Esse tipo de política pública, de acordo com relatos históricos, tem na Índia o seu berço. Desde a primeira constituição indiana, em 1948, previam-se medidas de ascensão social dos “Dalits” (chamados também de Intocáveis). Essas medidas abrangiam o parlamento, o ensino superior, bem como o funcionalismo público⁶⁹.

José Jorge de Carvalho corrobora com essa informação, ao afirmar que o sistema de cotas na Índia foi pioneiro:

O intelectual Bhimrao Ramji Ambedkar, líder dos Dalits, ou intocáveis da Índia, que desde a década de 20 do século XX lutou contra a desigualdade inerente ao sistema de castas do seu país. Foi Ambedkar que conseguiu colocar na Constituição da Índia independente em 1948, a necessidade de cotas para os intocáveis (dalits) e os grupos tribais, nas instituições de ensino e no serviço público. Como modo de compensar milênios de exclusão e desigualdade⁷⁰.

Hodiernamente, a Índia mantém ação afirmativa do tipo cotas para os intocáveis, tendo inclusive eleito o presidente Kocheril Raman Narayanan, no ano de 2001, o primeiro intocável nessa função em 2001, segundo lições do professor José Jorge:

A primeira formulação, portanto, das ações afirmativas, não surgiu das ciências Sociais e Políticas ocidentais, mas da intelectualidade indiana que militava pela descolonização. Essa medida tinha como objetivo a correção das desigualdades advindas do sistema de castas e da subordinação de “origem divina”⁷¹.

Além da Índia, é possível citar o pioneirismo da Malásia, onde foram adotadas medidas de promoção da etnia majoritária, que seriam os “Buniputra”. Essa classe era subordinada economicamente a chineses e indianos. É também o caso de Israel, em que se adotam programas para acolher os “Falashas”, judeus de origem etíope⁷².

⁶⁹ CARVALHO, José Jorge. **Inclusão Étnica e Racial no Brasil**, São Paulo: Attar, 2005, p.177

⁷⁰ CARVALHO, José Jorge. **Inclusão Étnica e Racial no Brasil**, São Paulo: Attar, 2005, p.179.

⁷¹ CARVALHO, José Jorge. **Inclusão Étnica e Racial no Brasil**, São Paulo: Attar, 2005, p.179.

⁷² Ademais, Cidinha da Silva traz a informação de que na Nigéria, bem como na Alemanha, há ações afirmativas para mulheres; na Colômbia para os índios, seguindo o caso do Canadá. Neste país também se adotam ações afirmativas para mulheres e negros, assim como na África do Sul. (SILVA, Cidinha da. **Ações afirmativas em educação: um debate para além das cotas** In: SILVA, Cidinha da (org.). **Ações afirmativas em educação: experiências brasileiras**. São Paulo: Summus, 2003, p.20).

Rosana Queiróz Dias⁷³ acrescenta que, no lapso de 1982 e 1996, cerca de vinte e cinco países implementaram intervenções políticas visando a eliminar as discriminações sexual e racial; ou introduziram mecanismos de “discriminação positiva nas relações de trabalho”.

As primeiras referências às políticas de ação afirmativa nos Estados Unidos datam de 1935, na legislação trabalhista (The 1935 National Labor Relations Act). Nos termos da referida norma, o empregador que discriminasse os sindicalistas ou os operários sindicalizados seria compelido a não mais os discriminar, além de adotar ações afirmativas. Representava, portanto, um instrumento reparatório com o objetivo de reposicionar as vítimas da discriminação de acordo com a posição que estariam caso não fossem alvo de preconceito⁷⁴.

No início dos anos cinquenta, nos Estados Unidos da América, os negros iniciaram uma luta por direitos civis. A expressão “ação afirmativa” foi utilizada pela primeira vez no ano de 1961, na Ordem Executiva n. 10925 do Presidente John Kennedy. Essa norma se referia à necessidade de promover a igualdade entre negros e brancos nos Estados Unidos e vedava, no âmbito federal, qualquer discriminação na admissão de servidores públicos considerando critérios de raça, credo, cor ou nacionalidade⁷⁵.

Adentrando no conceito de ações afirmativas, traz-se a contribuição de Geziela Jansen, segundo a qual, apesar da exposição feita na introdução deste título⁷⁶, o termo “ações afirmativas” tem origem na expressão inglesa “affirmative action”. A autora faz parte da literatura majoritária, a qual afirma que os Estados Unidos são precursores das ações afirmativas⁷⁷. Não é, entretanto, o foco deste trabalho a comparação entre as ações afirmativas estadunidenses e as adotadas no Brasil.

⁷³ DIAS, Rosana Queiroz. “Políticas e programas de promoção de igualdade”. In: **Anais do Seminário Relações Raciais e Mercado de Trabalho**. Belo Horizonte: Instituto de Relações Internacionais e Lumen - Instituto de Pesquisa da Pontifícia Universidade Católica, dezembro, 1997, p. 29-38.

⁷⁴ RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação**: discriminação direta, discriminação indireta e ações afirmativas no direito constitucional estadunidense, Tese de doutorado, Porto Alegre, 2004, p. 176.

⁷⁵ MENEZES, Paulo Lucena de. Ação afirmativa: o modelo jurídico internacional e a experiência brasileira. In: **Revista dos Tribunais**, v. 816, outubro de 2003, p. 41.

⁷⁶ Acerca da gênese das ações afirmativas na Índia.

⁷⁷ JANSEN, Geziela. **Política de Cotas Raciais em universidades brasileiras**: entre a legitimidade e a eficácia. Curitiba: Juruá, 2010, p. 132.

Flávia Piovesan define como sendo “medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais.”⁷⁸.

Já a então Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha define ação afirmativa como um meio jurídico que visa a superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias⁷⁹.

Para o Ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes, ações afirmativas podem ser definidas como:

Um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebida com vistas ao combate á discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acessos a bens fundamentais como a educação e emprego.⁸⁰

Outra definição é a que consta do art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 1968, segundo o qual ações afirmativas são:

(...) medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Oziel Francisco de Sousa, por sua vez, as define as ações afirmativas como:

Um conjunto de iniciativas ou políticas adotadas, impostas ou incentivadas pelo Estado, a fim de promover a igualdade material em relação a indivíduos, grupos ou segmentos sociais marginalizados da sociedade, buscando eliminar desequilíbrios e realizar o objetivo da República de concretização da dignidade da pessoa humana⁸¹.

Barbara Bergmann, ampliando a noção de ações afirmativas, entende que:

⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 16, n. 3, 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci-arttext&pid=S0104-026X2008000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 01 de agosto de 2012.

⁷⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 15, 1996. p. 286.

⁸⁰ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa, **Ação Afirmativa & princípio constitucional da igualdade (O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

⁸¹ SOUSA, Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumentos de concretização da igualdade material**. São Paulo: All Print Editora, 2008, p.164.

Ação afirmativa é planejar e atuar no sentido de promover a representação de certos tipos de pessoas - aquelas pertencentes a grupos que têm sido subordinados ou excluídos - em determinados empregos ou escolas. É uma companhia de seguros tomando decisões para romper com sua tradição de promover a posições executivas unicamente homens brancos. É a comissão de admissão da Universidade da Califórnia em Berkeley buscando elevar o número de negros nas classes iniciais [...]. Ações Afirmativas podem ser um programa formal e escrito, um plano envolvendo múltiplas partes e com funcionários dele encarregados, ou pode ser a atividade de um empresário que consultou sua consciência e decidiu fazer as coisas de uma maneira diferente⁸².

Paulo Lucena de Menezes também traduz a ideia da reparação das falhas sociais por meio desse instrumento jurídico, passando a noção de ações afirmativas como sendo:

As medidas que, por meio de um tratamento jurídico diferenciado e temporário, têm por escopo corrigir as desigualdades existentes entre determinados grupos sociais e uma dada parcela da sociedade na qual eles estão inseridos, desigualdades essas que, na maior parte das vezes, são oriundas de práticas discriminatórias⁸³.

Para o estudioso, as ações afirmativas são usualmente definidas e implementadas por meio de leis ou regulamentos, políticas voluntárias⁸⁴ ou decisões judiciais.

Nota-se que Paulo Lucena de Menezes destaca que a essência das ações afirmativas consiste em seu caráter temporário. As possibilidades apontadas pelo estudioso como formas de estabelecer um termo final a esse tipo de política são: encerramento das políticas de ações afirmativas após determinado prazo ou após a obtenção do resultado esperado; diminuição das benesses oferecidas; e redução do número de beneficiários, por meio da exclusão de certos grupos ou de parte de seus

⁸² BERGMANN, Barbara. **In defense of affirmative action**. New York: BasicBooks, 1996, p. 07.

⁸³ MENEZES, Paulo Lucena de. Ação Afirmativa: Os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira. In: **Revista dos Tribunais**, v. 816, outubro de 2003, p. 40.

⁸⁴ As inovadoras políticas voluntárias são aplicadas nos Estados Unidos e no Canadá, em que o Canadian Human Rights Act autoriza o emprego de políticas de ações afirmativas por particulares⁸⁴. Também se observa o incentivo à implementação de ações afirmativas por meio de políticas voluntárias no Brasil. O Programa Nacional de Direitos Humanos I, estabelecido por meio do Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996, assim preconiza: “Apoiar a formulação e implementação de políticas públicas e privadas e de ações sociais para redução das grandes desigualdades econômicas, sociais e culturais ainda existentes no país, visando a plena realização do direito ao desenvolvimento”; “Apoiar as ações da iniciativa privada que realizem discriminação positiva.”

integrantes no caso de indivíduos que possuem padrão financeiro mais elevado ou mesmo aqueles que já concluíram o ensino superior, por exemplo⁸⁵.

Neste diapasão, a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial da ONU traz em seu bojo a questão da temporariedade das políticas de ações afirmativas: “Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas”.

Ressalte-se que as ações afirmativas encontram respaldo, ainda, no artigo 4º⁸⁶ da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, devidamente ratificada pelo Brasil.

1.3.1 O papel do Estado na garantia da igualdade

A ideia de igualdade que embasou o Estado liberal⁸⁷ burguês (iniciado no Brasil Colônia e adquirido seu auge no Império) estabelecia, sob os ditames da atuação “negativa” do Estado, que a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie. O princípio da igualdade como se previa representava mera ficção e tinha caráter formal. Os direitos à época ganhavam cunho individualista, representando também a autonomia do indivíduo frente ao Estado, que era visto como um empecilho ao desenvolvimento da humanidade⁸⁸.

Em período posterior, o Estado Social ou Moderno surge para atenuar as desigualdades, para suplantar o não-intervencionismo do período anterior.

Nesta esteira, Joaquim Barbosa Gomes expõe:

⁸⁵ MENEZES, Paulo Lucena de. Ação Afirmativa: Os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira. In: **Revista dos Tribunais**, v. 816, outubro de 2003, p. 51.

⁸⁶ Artigo 4º - 1. A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

⁸⁷ “Ao Estado liberal, sempre juridicamente controlado, não cabe exercer mais do que as seguintes funções: manter a ordem interna e conduzir a política exterior (ou seja, o fim do Estado nesse caso parece ser unicamente o de promover e manter a segurança necessária para que os indivíduos possam livremente desenvolver as suas potencialidades). Tudo o mais cabe à sociedade civil, dinamizada pela energia da multiplicidade de indivíduos livres e iguais.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993, 270 p. 35).

⁸⁸ SIQUEIRA, Dirceu Pereira e PICCIRILLO, Miguel Belinari. **Direitos fundamentais: do Estado liberal ao Estado moderno, um enfoque as dimensões dos direitos fundamentais**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2960>. Acesso em 23 de novembro de 2012.

O Estado Moderno, informado pelo constitucionalismo desencadeado pelas revoluções do século XVIII, especialmente a francesa e a americana, presenciou a emergência da idéia de igualdade como princípio incontornável dos documentos constitucionais ainda nascentes. Com efeito, foi a partir dessas duas experiências institucionais pioneiras que se edificou conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico – formal, segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio [...]. Concebida para o fim específico de abolir os privilégios característicos do ancien regime e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, na posição social, essa concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como idéia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX⁸⁹.

Passa a ter valor não mais a liberdade individualista, mas sim a liberdade igualitária, para que se garanta a igualdade de oportunidades. Como apresentado anteriormente, a igualdade formal está ligada à característica singular, individual e impõe limites à ação do Estado, conforme Tércio Sampaio Ferraz Junior: "Um procedimento interpretativo de bloqueio que se traduz em regras gerais limitativas da atividade do Estado"⁹⁰. Já a igualdade material se acentua com o surgimento do Estado Social, e vai se implementar com a atuação positiva do Estado⁹¹.

Paulo Bonavides, acerca da igualdade fática, contribui:

Formulada com base na ideologia do Estado Social, a teoria da igualdade fática, conforme ponderou um jurista alemão, demanda um esquema ou programa de repartição dos bens partilháveis numa determinada sociedade. [...] O Estado social é enfim, produtor de igualdade fática. (O conceito obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia. [...] Os direitos fundamentais não mudaram, mas se enriqueceram de uma dimensão nova adicional com a introdução dos direitos sociais básicos. [...] Em última análise, o que aconteceu foi à passagem da liberdade jurídica

⁸⁹ GOMES, Joaquim Benedito. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade:** o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2.

⁹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Interpretação e estudos da Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990, p. 15

⁹¹ "O Estado mínimo, com reduzidas competências, vai assumindo mais e mais funções. O 'Estado árbitro' cede espaço para o 'Estado de prestações'. A própria ideia dos direitos fundamentais sofreu sensível deslocamento: em face do poder público, os cidadãos não dispõem, agora, apenas de direitos que possuam como contrapartida um dever de abstenção (prestações negativas); eles adquiriram direitos que, para sua satisfação, exigem do Estado um dever de agir (obrigação de dar ou fazer: prestações positivas). Aos direitos clássicos, individuais (liberdade de locomoção, propriedade, liberdade de expressão, ou de informação, etc.), acrescentou-se uma nova geração de direitos como os relativos à (proteção da) saúde, educação, ao trabalho, a uma existência digna, entre outros." (CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993, 270 p. 37)

para liberdade real, do mesmo modo que da igualdade abstrata se intenta passar para igualdade fática⁹².

A partir do século XX acontece uma alteração nos destinos do constitucionalismo e nos seus princípios de interpretação, a igualdade passa a ser o centro do Constitucionalismo social. A forma como o Estado vai promover a igualdade material é o diferencial a ser adotado por todos os Estados democráticos.

Essa ação do Estado deverá atingir a pessoa humana, que será beneficiária dessas políticas sociais, para que venha a se concretizar a igualdade substancial ou material. Contudo, a consagração dessa prática parece estar ainda distante, no dizer da professora Cármen Lúcia Antunes Rocha:

[...] em nenhum Estado Democrático, até a década de 1960, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que seja à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade⁹³.

Com o advento da Constituição Federal de 1988. Inaugurou-se no Brasil o Estado Democrático de Direito, tendo a igualdade adquirido novo aspecto, o participativo, garantindo assim a democracia. O cidadão agora é visto como agente das decisões políticas do Estado.

Nessa senda, Mário Lúcio Soares acrescenta sobre essa nova fase:

No constitucionalismo social pressupõe-se a crença de que a arbitrariedade ou o abuso dos direitos fundamentais pode ser evitado mediante o aumento do poder político do Estado para melhor controle das relações baseadas nestes direitos. No Estado Democrático de Direito há o pressuposto de que as causas destes abusos situam-se nas desigualdades sociais geradas pelas condições econômicas, políticas e sociais. Uma política eficaz para evitar essas arbitrariedades exige transformações econômicas, políticas e

⁹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 343.

⁹³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. **O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n. 131, p. 284-285, jul./set. 1996.

sociais, através da participação dos cidadãos nos centros de poder e fortalecimento das instituições democráticas⁹⁴.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz afirma que a igualdade no Estado Democrático de Direito é inclusiva, no sentido de cada vez mais cidadãos possam participar da produção de políticas públicas do Estado e da sociedade⁹⁵.

Desse modo, verifica-se, que, além de um Estado de prestação positiva, vive-se um Estado em que o povo constrói ativamente a própria materialização da igualdade e a busca por direitos feridos.

1.4 CONCEPÇÃO HISTÓRICA DA IGUALDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS – IGUALDADE NA LEI E IGUALDADE PERANTE A LEI

A primeira Constituição do Brasil, de 25 de março de 1824 (menos de dois anos após a proclamação da Independência) teve inspiração na Constituição da França, de 1791, e na Constituição espanhola do ano de 1812, tendo sido influenciada pelos princípios da monarquia, ainda convivendo com forte realidade escravista.

Ao descrever quais eram os cidadãos brasileiros, a Constituição excluiu os escravos e ex-escravos africanos da cidadania brasileira, nos seguintes termos:

Art. 6. São Cidadãos Brasileiros

I. Os que no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingenuos⁹⁶, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.

II. Os filhos de pai Brasileiro, e Os ilegítimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicílio no Imperio.

III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em serviço do Imperio, embora eles não venham estabelecer domicílio no Brasil.

IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brasil na época, em que se proclamou a Independência nas

⁹⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 219.

⁹⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 16.

⁹⁶ Ingênuos, eram os filhos de mulher escrava libertados ao nascer ou na pia batismal. A prática da libertação do nascituro já era antiga e havia sido incorporada ao costume, sobretudo para resolver muitos casos de filhos bastardos, fruto das relações entre os proprietários, ou os filhos destes, e suas escravas. (GRAF, Márcia Elisa de Campos. **Cidade, cidadania e exclusão**: a lei e a prática. Disponível em: <http://www.utp.br/proppe/X%20seminario_pesquisa/Artigos%20completos/FCHLA/CIDADE,%20CIDANIA%20E%20EXCLUS%C3O.%20A%20LEI%20E%20A%20PR%C1TICA.doc>. Acesso em 01 de julho de 2012).

Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia.

V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalisação.

O art. 179 determinava os direitos civis e políticos garantidos aos cidadãos brasileiros, abrangendo o “princípio da isonomia”, correspondente ao inciso XIII, o qual estabelecia que: “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

Verificava-se, aqui, a igualdade na lei, consagrando a ideia de igualdade formal e absoluta, excluindo formal e faticamente, entretanto, os escravos desse quadro, uma vez que não eram considerados cidadãos da leitura do art. 6º, considerando que o caput do artigo garantia a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, nos seguintes termos: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.”. Muitos autores interpretam que simplesmente se ignorou o regime escravocrata vigente à época.

Ademais, a Constituição Imperial estabeleceu o direito de voto, negando deste direito aos pobres, o que correspondia à negativa do direito de votar aos escravos e índios:

Art. 91. Têm voto nestas Eleições primarias

I. Os Cidadãos Brasileiros, que estão no gozo de seus direitos politicos.

II. Os Estrangeiros naturalizados.

Art. 92. São excluidos de votar nas Assembléas Parochiaes.

I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras.

II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios publicos.

III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas.

IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Comunidade claustral.

V. Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos.

A Constituição de 1891, por sua vez, inspirada pelos movimentos revolucionários da América do Norte e pela Revolução Francesa, modificou os requisitos da nacionalidade, incluindo o escravo e o ex-escravo no status de cidadão brasileiro:

Das Qualidades do Cidadão Brasileiro

Art. 69 - São cidadãos brasileiros:

- 1º) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não, residindo este a serviço de sua nação;
- 2º) os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, se estabelecerem domicílio na República;
- 3º) os filhos de pai brasileiro, que estiver em outro país ao serviço da República, embora nela não venham domiciliar-se;
- 4º) os estrangeiros, que achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem;
- 5º) os estrangeiros que possuírem bens imóveis no Brasil e forem casados com brasileiros ou tiverem filhos brasileiros contanto que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade;
- 6º) os estrangeiros por outro modo naturalizados.

Todavia, embora se verifique forte negação à Monarquia, afastando os privilégios da nobreza⁹⁷, não se constata intenção de se extirpar a desigualdade racial. Um exemplo disso é o direito ao voto. A nova Carta Constitucional eliminou a renda como critério da designação de eleitor. Todavia, isso não representou medida inclusiva, tendo em vista que se garantiu o voto aos maiores de 21 anos, exceto mulheres, analfabetos, mendigos, padres e militares de baixa patente, o que equivale a excluir os pobres e os negros, pois eram majoritariamente analfabetos⁹⁸:

Art. 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei.

§ 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados:

- 1º) os mendigos;
- 2º) os analfabetos;
- 3º) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior;
- 4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual.

§ 2º - São inelegíveis os cidadãos não alistáveis.

⁹⁷ Art. 72, § 2º - Todos são iguais perante a lei.

A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

⁹⁸ Carlos Maximiliano traz que "A expressão mendigos, do texto, abrange a totalidade dos indivíduos que não têm tecto nem renda". (MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891**. 1918. p. 678). Ainda, Florestan Fernandes afirma que "... como os antigos libertos, os ex-escravos tinham de optar, na quase totalidade, entre a reabsorção no sistema de produção, em condições substancialmente análogas às anteriores, e a degradação de sua situação econômica, incorporando-se à massa de desocupados e de semi-ocupados da economia de subsistência do lugar ou de outra região". (FERNANDES, Florestan. **Integração do Negro na Sociedade de Classes**. São Paulo: Ática 1978. p. 17).

Quanto à igualdade, a Constituição Republicana foi a primeira a estabelecer uma igualdade formal abrangente a todos, tendo esclarecido, no § 2º do art. 72 que “Todos são iguais perante a lei”.

A Constituição popular de 1934 foi a pioneira em fazer menção ao termo “raça”. Ela previa a igualdade de todos perante a lei, proibindo-se qualquer espécie de privilégios ou distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crença religiosa ou ideias políticas. Sabe-se que, apesar de ter se instituído formalmente a igualdade racial, o país estava longe de ser igualitário, já que nada se fazia para a materialização do princípio. Ademais, o próprio texto constitucional de 1934 trazia conteúdo discriminatório à medida que, em seu art. 138, alínea b, prescrevia o estímulo da educação eugênica⁹⁹.

Observa-se preocupação significativa e formalizada no que tange ao branqueamento da população. O Decreto-Lei n. 7967/45, que dispunha sobre imigração e colonização, estabelecia condição para a entrada dos imigrantes no Brasil nos seguintes termos:

Atender-se-á, na admissão dos imigrantes, à necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência europeia, assim como a defesa do trabalhador nacional.

Tal dispositivo representava uma opção descarada pela discriminação do negro.

Já a Constituição outorgada de 1937, influenciada pelo momento político da época, suprimiu a palavra “raça”, estabelecendo, no art. 122, item 1º, que “todos são iguais perante a lei”.

⁹⁹ Eugenia (higiene racial) é uma ideologia formulada em 1908 pelo inglês Francis Galton, que preconizava a ideia de pureza racial em contrapartida à alegada degeneração decorrente dos cruzamentos raciais. Os eugenistas viram na genética o argumento para justificar seu racismo. Misturar genes bons com “degenerados”, para eles, estragaria a linhagem. Para evitar isso, só mantendo a “raça pura”. O eugenista Madison Grant, do museu americano de história natural, defendia, em 1916: “O Cruzamento entre branco e um índio, faz um índio, entre branco e um negro faz, um negro, entre um branco e um hindu faz um hindu, entre qualquer raça Européia e um judeu faz um judeu”. As ideias eugenistas influenciaram as elites intelectuais de boa parte do Ocidente, inclusive as brasileiras. Nos Estados Unidos esse ideal se desenvolveu primeiro. Segundo o jornalista americano Edwin Black, autor de *A Guerra contra os Fracos*, não tardou até que os eugenistas de lá comesçassem a querer transformar suas teorias em políticas públicas. “Em suas mentes, as futuras gerações dos geneticamente incapazes deveriam ser eliminadas”. (SZKLARZ, Eduardo. **Nazismo**. Revista Super Interessante, n.215, p.38-39, jun. 2005).

A Constituição democrática de 1946 também omitiu o termo raça. Nas seguintes, de 1967 e 1969, voltou-se a mencionar a proibição de se discriminar com base na raça, além de ter havido uma evolução no sentido de se buscar a eliminação do preconceito racial: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça”.

Segundo Sérgio Martins, a Constituição de 1988 inaugurou na tradição constitucional brasileira o reconhecimento da condição de desigualdade material vivida por alguns setores, além de ela propor medidas de proteção, que demandam a presença positiva do Estado¹⁰⁰.

A Constituição Cidadã, já em seu preâmbulo, indica a preocupação em se extirpar a desigualdade¹⁰¹.

Em seu art. 5º, além de estabelecer a vedação à discriminação de qualquer natureza, colocando a igualdade como direito inviolável, estabelece o crime de racismo¹⁰², caracterizando-o como inafiançável e imprescritível:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

A intenção constitucional de se estabelecer a igualdade material também está explicitada no rol de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o Artigo 3º, III assinala: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, também em seu inciso IV estabelece: “promover

¹⁰⁰ MARTINS, Sergio da Silva. **Ação afirmativa e desigualdade racial no Brasil**. Estudos Feministas. IFCS/UFRJ-PPCIS/UERJ, v. 4, n.1, 1996, p.202-208.

¹⁰¹ PREÂMBULO Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

¹⁰² Vale acrescentar que, anteriormente, a Lei Afonso Arinos (Lei n. 1.390/51) tipificou o racismo como contravenção penal.

o bem de todos, sem preconceito de origem, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Por fim, acrescenta-se que, no art. 4º, também é exposto o combate formal ao racismo "A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:... VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo".

1.4.1 Igualdade formal X Igualdade material

Por muito tempo se falou em igualdade perante a lei como garantia de concretização da liberdade. O princípio da igualdade representava mera ficção, uma vez que se restringia apenas à igualdade que se chama de formal¹⁰³.

Oziel Francisco de Souza destaca a natureza negativo-subjetiva¹⁰⁴ do princípio da igualdade, bem como o seu caráter eminentemente formal. O princípio, segundo suas propriedades, para o autor, desautoriza discriminações arbitrárias, o que faz relacionar-se ao princípio da não discriminação¹⁰⁵⁻¹⁰⁶.

Nesta toada da concretização da igualdade prevista no texto constitucional, Paulo Lucena de Menezes traduz de maneira bem evidente a questão do cumprimento do princípio da igualdade na implementação de políticas de ações afirmativas. Ele questiona se seria admissível o favorecimento de uma minoria, considerando a vedação constitucional da utilização de critérios distintivos. Indaga também se a aplicação de tais medidas representaria uma afronta ao princípio da igualdade jurídica ou uma exaltação desse princípio, sendo atribuído a ele um significado não meramente formal, mas material¹⁰⁷.

¹⁰³ SOUSA, Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumentos de concretização da igualdade material**. São Paulo: All Print Editora, 2008, p.144-145.

¹⁰⁴ Oziel Francisco de Souza afirma que "Sob sua vertente formal, o princípio da igualdade serve, portanto, à repressão de atos impróprios, mas não chega a inspirar ações a serem tomadas para aplacar disparidades sociais" (SOUSA, Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumentos de concretização da igualdade material**. São Paulo: All Print Editora, 2008, p.67).

¹⁰⁵ SOUZA, Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material**. São Paulo: All Print Editora, 2008, p.133.

¹⁰⁶ Antonio Augusto Cançado Trindade, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assevera que o "princípio da não-discriminação ocupa posição central no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Encontra-se consagrado em diversos tratados e declarações de direitos humanos e mesmo como elemento integrante do direito internacional consuetudinário". TRINDADE, Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 55.

¹⁰⁷ MENEZES, Paulo Lucena de. Ação Afirmativa: os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira. In: **Revista dos Tribunais**, v. 816, outubro de 2003, p. 56.

O surgimento da ideia de igualdade material deu-se com o desapego ao mero ato de se vedar a discriminação. Passou-se a operacionalizar o princípio, quando se percebeu que, frente às desigualdades concretas existentes na sociedade, o adequado raciocínio não era a vedação do tratamento desigual, mas sim a busca pela igualdade material¹⁰⁸.

Norberto Bobbio aponta que a igualdade nos direitos vai além da igualdade perante a lei. Sua significância compreende o igual gozo, por parte dos cidadãos, dos direitos fundamentais constitucionais assegurados, tais como os civis e políticos¹⁰⁹.

A simples igualdade formal não garante a efetiva igualdade substancial. Fernando Basto Ferraz compartilha desta convicção, afirmando, sobre a igualdade formal e a igualdade material, que:

Entre ambas, há uma enorme diferença. (...) O conceito de igualdade material ou substancial recomenda 'que se levem na devida conta as desigualdades concretas existentes na sociedade, devendo as situações ser tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade.'¹¹⁰

Joaquim Barbosa salienta a origem da igualdade substancial, apontando as necessidades de seu viés prático:

Como Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas¹¹¹.

A pergunta que se faz após a compreensão da materialidade do princípio em tela, é como ultrapassar a barreira formal do Princípio da Igualdade? Para Oziel Francisco de Sousa, uma demanda concreta de igualdade, como crítica à igualdade formal perante a lei, seria a igualdade de oportunidades. Oziel conclui que a visão

¹⁰⁸ MENEZES, Paulo Lucena de. Ação Afirmativa: os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira. In: **Revista dos Tribunais**, v. 816, outubro de 2003, p. 58.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 16ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 70.

¹¹⁰ FERRAZ, Fernando Basto. **Princípio constitucional da igualdade**. São Paulo, Revista LTR 69-10, 2005, p. 1199.

¹¹¹ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Disponível em: <<http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>>. Acessado em 21 de junho de 2012.

material da igualdade vem complementar a visão formal. Não basta a lei determinar que todos são iguais, devem-se criar meios eficazes para a consecução da igualdade¹¹².

Luciana de Barros Jaccoud e Nathalie Beghin lecionam que o surgimento de propostas de ação afirmativa tem base em uma crítica ao ideal de igualdade de direitos enquanto meio eficaz para extinção das desigualdades¹¹³. Tornou-se necessária uma ampliação do conteúdo da igualdade, bem como dos seus meios de concretização¹¹⁴.

Na decisão de indeferimento da medida cautelar pretendida pelo Partido Democrático Universitário na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, o Ministro Gilmar Mendes teceu importantes considerações acerca dos fundamentos da política de ações afirmativas, tratando, mais especificamente, no trecho adiante, da concepção atual de igualdade, material, enquanto legitimadora da supressão da desigualdade social¹¹⁵:

Se, por um lado, a clássica concepção liberal de igualdade como um valor meramente formal há muito foi superada, em vista do seu potencial de ser um meio de legitimação da manutenção de iniquidades, por outro o objetivo de se garantir uma efetiva igualdade material deve sempre levar em consideração a necessidade de se respeitar os demais valores constitucionais¹¹⁶.

Nesse sentido, Joaquim Barbosa assevera que:

De especial importância, nesse sentido, é o tratamento jurídico do problema da igualdade. Na maioria das nações pluriétnica, e as pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduz na crença de que a mera introdução nas respectivas Constituições de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei de todos os grupos étnicos componentes da nação seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seriam assegurados a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo¹¹⁷.

¹¹² SOUSA, Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumentos de concretização da igualdade material**. São Paulo: All Print Editora, 2008, p.152.

¹¹³ JACCOUD, Luciana de Barros e BEGHIN, Nathalie. **Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental** - Brasília : Ipea, 2002, p. 46.

¹¹⁴ SOUSA, Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumentos de concretização da igualdade material**. São Paulo: All Print Editora, 2008, p.155.

¹¹⁵ Acerca do julgado, tratar-se-á em capítulo próprio.

¹¹⁶ ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186. Medida Cautelar/Distrito Federal.

¹¹⁷ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 36.

Afirma-se que a solução encontrada para que se efetive o Princípio da Igualdade é a discriminação positiva¹¹⁸.

De acordo com Hédio Silva Júnior, a discriminação positiva tem “sustentação em três espécies de regras constitucionais: 1) atribui ao Estado o dever de abolir a marginalização e as desigualdades (arts. 3º, III; 23º, X e 170º, VII)”; 2) “prestações positivas destinadas à promoção e integração dos segmentos desfavorecidos (arts. 3º, IV; 23º, X, 227º, II)”; e 3) “normas que textualmente prescrevem [...] discriminação justa, como forma de compensar desigualdade de oportunidades [...] (arts. 7º, XX; 37º, VIII)”¹¹⁹.

Sustenta-se que, com a nova vestimenta do Princípio da Igualdade, há uma extensão de direitos a novos titulares, as minorias. A partir dessa extensão, alarga-se o conceito de sujeito de direito, passando-se a especificar esse sujeito – que antes era genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, entre outros critérios – ao lhe atribuir gênero, idade, etnia, raça e demais características¹²⁰.

Daniela Ikawa trata de modo abrangente a questão das políticas de ações afirmativas como instrumento para materialização do Princípio em análise:

O princípio formal de igualdade, aplicado com exclusividade, acarreta injustiças (...) ao desconsiderar diferenças em identidade.

(...)

Apenas o princípio da igualdade material, prescrito como critério distributivo, percebe tanto aquela igualdade inicial, quanto essa diferença em identidade e contexto. Para respeitar a igualdade inicial em dignidade e a diferença, não basta, portanto, um princípio de igualdade formal.

(...)

O princípio da universalidade formal deve ser oposto, primeiro, a uma preocupação com os resultados, algo que as políticas universalistas materiais abarcam. Segundo deve ser oposto a uma preocupação com os resultados obtidos hoje, enquanto não há recursos suficientes ou vontade política para a implementação de mudanças estruturais que requerem a consideração do contexto, e enquanto há indivíduos que não mais podem ser alcançados por políticas universalistas de base, mas que sofreram os efeitos, no que toca à educação, da insuficiência dessas políticas. São necessárias, por conseguinte, também políticas afirmativas.

(...)

As políticas universalistas materiais e as políticas afirmativas têm (...) o mesmo fundamento: o princípio constitucional da igualdade material. São, contudo, distintas no seguinte sentido. Embora ambas levem em consideração os resultados, as políticas universalistas materiais,

¹¹⁸ Chamada, ainda, de discriminação inversa.

¹¹⁹ SILVA JÚNIOR, Hédio. Ação afirmativa para negros (as) nas universidades: a concretização do princípio constitucional da igualdade. IN: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e. SILVÉRIO, Valter Roberto (Org.). **Educação e Ações Afirmativas / Entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica**. Brasília: INEP, 2003. p. 107– 108.

¹²⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2ª ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 194.

diferentemente das ações afirmativas, não tomam em conta a posição relativa dos grupos sociais entre si¹²¹.

O questionamento que se faz após a compreensão da necessidade de que sejam implementadas medidas de discriminação positiva para a materialização da igualdade é o seguinte: até que ponto se deve beneficiar um grupo minoritário dentro desse âmbito da igualdade constitucional?

Oziel Francisco de Sousa afirma que o ordenamento jurídico brasileiro visa a coibir a discriminação entre os indivíduos até o limite em que eles se igualam, não se permitindo chegar à superproteção¹²².

Acerca do caráter temporário das políticas de ações afirmativas, abordado no item n. 1.3 deste trabalho, haverá análise em capítulo futuro.

1.5 JUSTIÇAS COMPENSATÓRIA OU DISTRIBUTIVA?

Dentre os fundamentos para a adoção de políticas de ações afirmativas em universidades, fala-se em política compensatória¹²³ e/ou política distributiva.

De acordo com a lógica da justiça compensatória, deve-se considerar que a situação social hodierna dos negros é devida a um histórico de discriminações no passado – conforme considerações apontadas no primeiro capítulo deste trabalho.

No que tange ao caráter compensatório das cotas raciais, Flávia Piovesan assevera que:

Estas ações constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, dentre outros grupos. As ações afirmativas, enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, cumprem uma finalidade pública decisiva ao projeto, que é a de assegurar a diversidade e a pluralidade social¹²⁴.

¹²¹ IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 150-152.

¹²² SOUSA, Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumentos de concretização da igualdade material**. São Paulo: All Print Editora, 2008, p.144.

¹²³ Para São Tomás de Aquino, tratava-se de “justiça corretiva”.

¹²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 16, n. 3, 2008. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000300010&lng=en&nrm=iso. Acesso em 01 de agosto de 2012.

Ainda, defende-se, no tocante à justiça compensatória, que as ações afirmativas seriam um dos modos de correção de erros sociais ou mesmo estatais cometidos no passado, cujas consequências perduram. A discriminação pretérita a grupos específicos de indivíduos, que não tiveram seus direitos reconhecidos e consequentemente respeitados, seria a causa dessa “herança discriminatória”, do dano a esse grupo social, o que demanda reparação. Segundo essa corrente, a ação afirmativa seria o instrumento de restauração de um equilíbrio antes rompido e cuja ruptura acarretou por consequência uma injustiça na distribuição das vantagens e benesses da sociedade¹²⁵.

Por exemplo, o conteúdo do Parecer n. CNE/CP n. 003/2004, acerca da Lei n. 10.639/03¹²⁶, explica qual o conceito de reparação que vem sendo usado no Brasil pelo governo federal:

Políticas de Reparações, de Reconhecimento e Valorização, de Ações Afirmativas.

A demanda por reparações visa a que o Estado e a sociedade tomem medidas para ressarcir os descendentes de africanos negros, dos danos psicológicos, materiais, sociais, políticos e educacionais sofridos sob o regime escravista, bem como em virtude das políticas explícitas ou tácitas de branqueamento da população, de manutenção de privilégios exclusivos para grupos com poder de governar e de influir na formulação de políticas, na pós-abolição. Visa também a que tais medidas se concretizem em iniciativas de combate ao racismo e a toda sorte de discriminações.

[...]

Cabe ao Estado promover e incentivar políticas de reparações, no que cumpre ao disposto na Constituição Federal, Art. 205, que assinala o dever do Estado de garantir indistintamente, por meio da educação, iguais direitos para o pleno desenvolvimento de todos e de cada um, enquanto pessoa, cidadão ou profissional. Sem a intervenção do Estado, os postos à margem,

¹²⁵ Sobre a justiça compensatória promovida pelas ações afirmativa, Joaquim Barbosa acrescenta que: “Noutras palavras, a discriminação entendida sob essa ótica como uma privação de <<meios>> ou de <<instrumentos>> de competição, resulta igualmente em privação de oportunidades. Consequentemente, reduzem-se as perspectivas. Para a teoria da justiça compensatória, a melhor forma de correção e de reparação desse estado de coisas consistiria em aumentar (via ações afirmativas) as chances dessas vítimas históricas de obterem os empregos e as posições de prestígio que elas naturalmente obteriam caso não houvesse discriminação”. (BARBOSA, Joaquim Benedito Gomes. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 63-64). Norberto Bobbio escreve a respeito que “de uma maneira geral, adotou-se a distinção aristotélica entre Justiça distributiva e Justiça reparadora. A primeira é “aquela que se exterioriza na distribuição de honras, de bens materiais ou de qualquer outra coisa divisível, entre os que participam do sistema político” (Ética, 1.930b), enquanto que a segunda está mais especificamente ligada a situações em que uma pessoa, ao receber uma ofensa de outra pessoa, pede a conseqüente reparação. As normas da Justiça são ainda subdivididas em normas de Justiça compensativa e normas de Justiça corretiva. As primeiras referem-se a negócios para com a parte ofendida; a segunda inflige uma punição ao culpado” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: UNB, 1986, p. 662).

¹²⁶ Altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”, e dá outras providências.

entre eles os afro- brasileiros, dificilmente, e as estatísticas o mostram sem deixar dúvidas, romperão o sistema meritocrático que agrava desigualdades e gera injustiça, ao reger-se por critérios de exclusão, fundados em preconceitos e manutenção de privilégios para os sempre privilegiados¹²⁷.

Paulo Lucena de Menezes sintetiza a noção de ações afirmativas seguindo também a ideia da justiça compensatória, que significa um ressarcimento pelos prejuízos, ônus e limitações impostos a determinados grupos sociais.

O outro fundamento, da justiça distributiva, de cunho aristotélico-tomista¹²⁸, tem como cerne o fato de a situação social desfavorável dos negros justificar a utilização de medidas que tentem favorecê-los em relação aos brancos, visando a distribuir melhor a riqueza inicialmente intelectual e, em momento posterior, material.

Nesse sentido, diz Daniel Sarmento:

Os defensores do argumento redistributivista aduzem que a redução das desigualdades produz também benefícios para sociedade como um todo, gerando um bem-estar geral, eis que reduz os ressentimentos e tensões que a profunda injustiça na distribuição dos ônus e vantagens entre as diferentes etnias tende a produzir no meio social¹²⁹.

O fundamento da justiça distributiva se embasa no reconhecimento do direito de indivíduos ou grupos a reivindicarem vantagens, bens ou benefícios aos quais teriam acesso se houvesse justiça social no meio social em que vivem, ou seja, se houvesse adequada ou igualitária distribuição dos bens, vantagens e ônus da vida em sociedade.

Sua finalidade, portanto, não seria reparar danos passados decorrentes de discriminação por meio de ações compensatórias dos mesmos, mas promover a distribuição equânime dos bens, direitos e vantagens entre os indivíduos, o que por si só mitigará os efeitos da discriminação outrora praticada¹³⁰.

¹²⁷ PARECER N.: CNE/CP 003/2004 COLEGIADO: CP APROVADO EM: 10/3/2004. Petronilha Beatriz Gonçalves e Silva (Relatora), Carlos Roberto Jamil Cury, Francisca Novantino, Marília Ancona-Lopez).

¹²⁸ SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 132.

¹²⁹ SARMENTO, Daniel. A igualdade ético-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação de fato, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 204.

¹³⁰ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA**. Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2001 p. 67-68: "...a tese distributiva propõe a adoção de ações afirmativas, que nada mais seria do que a outorga aos grupos marginalizados, de maneira equitativa e rigorosamente proporcional, daquilo que eles normalmente obteriam caso seus direitos e pretensões não tivessem

No livro V da *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, trata-se da justiça distributiva como uma espécie que “se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre os que participam do sistema político” ¹³¹.

Contribuindo com a tese da justiça distributiva, de acordo com os ensinamentos de John Rawls, a concepção geral da justiça, a “justiça como equidade”, consiste na ideia de que os bens primários sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases do respeito de si – devem ser repartidos igualmente, a menos que uma repartição desigual do todo ou de uma parte destes beneficie os mais desvantajados.

Rawls assevera que:

As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos ¹³².

Tratando-se, agora, de contra-argumentos em relação às duas teses, abordar-se-á, primeiramente, a justiça compensatória.

Sidney Madrugá afirma que há importantes argumentos contra essa linha. A maior complicação reside no fato de ser de difícil apreensão identificar quem seriam os sujeitos legítimos desse tipo de compensação, as vítimas dos males praticados no passado ¹³³. Por outro lado, outra problemática apontada no fundamento da justiça compensatória é atribuir a indivíduos que não têm relação alguma com a exploração aplicada no passado a responsabilidade pela reparação.

Contribuindo com a defesa da implementação dessas políticas mesmo fora da abrangência do grupo social diretamente atingido, Paulo Lucena de Menezes alega que os aspectos negativos, repetidas vezes ligados à discriminação, perpetuam-se no tempo e são transmitidos para outras gerações, abrangendo a integralidade do

esbarrado no obstáculo intransponível da discriminação. Portanto, sob essa ótica, a ação afirmativa define-se por finalidade atender ambos os fundamentos.

¹³¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultura, 1973.

¹³² RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3.

¹³³ MADRUGA, Sidney. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 59.

grupo social, não se restringindo a um lapso temporal ou a algumas pessoas desse grupo¹³⁴.

Quanto à justiça distributiva, apesar de não ser o objetivo desta monografia o paralelo entre as políticas de ações afirmativas aplicadas em outros países e a que se adota no Brasil, é válido citar a reflexão de Nancy Fraser, a qual assevera que “o reconhecimento não pode ser reduzido à distribuição, pois o status de alguém na sociedade não é simplesmente uma decorrência de sua posição de classe”¹³⁵.

Paulo Lucena de Menezes também contribui brilhantemente para a tese da justiça distributiva afirmando que as políticas de ações afirmativas seriam legítimas pelo fato de serem voltadas à igualdade proporcional, que seria a distribuição de direitos e deveres entre os membros da sociedade, considerando os elementos concretos existentes - a exemplo: oportunidades, representação e necessidades¹³⁶ – e os variados critérios a serem utilizados para essa distribuição, tais como eficiência e utilidade. Essa igualdade gerada na distribuição, segundo ele, provoca resultados que atingem toda a sociedade, em prol do desenvolvimento¹³⁷.

2. OS FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DA REPÚBLICA FACE À EXCLUSÃO DO NEGRO

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 1º, os fundamentos da República Federativa do Brasil, quais sejam: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político. Para Fábio Konder Comparato, aqui são expostas as fontes legitimadoras da organização política brasileira, a motivação de toda a organização estatal. Para o autor, tais fontes, agora sob a veste de objetivos fundamentais, são

¹³⁴ MENEZES, Paulo Lucena de. **Ação Afirmativa: os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira.** In: Revista dos Tribunais, v. 816, outubro de 2003, p. 42.

¹³⁵ A afirmação foi feita ao se discutir a questão das necessidades de redistribuição e reconhecimento, em que se utilizou o exemplo do empresário negro de sucesso que não consegue pegar um táxi em uma importante avenida de Nova York. FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008. p.167-189.

¹³⁶ Hoje já se aplica a ação afirmativa pensando na representatividade, a exemplo da Lei n. 12.711/12.

¹³⁷ MENEZES, Paulo Lucena de. **Ação Afirmativa: os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira.** In: **Revista dos Tribunais**, v. 816, outubro de 2003, p. 42.

apresentadas no art. 3º, sendo eles: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹³⁸.

É dentro dos objetivos fundamentais da República que se estabelece uma forma de o país se encontrar com a sua realidade social e construir uma mudança futura de método de atuação, alterando o quadro social ou ao menos buscando mecanismos para combater as desigualdades¹³⁹.

2.1. A ALMEJADA IGUALDADE COMO OBJETIVO DA REPÚBLICA

Paulo Bonavides afirma que, juntamente com a liberdade, a igualdade compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo, constituindo o centro da ordem jurídica¹⁴⁰.

Dentro dessa ótica, a partir da condição de disparidade e marginalização social do negro, conforme exposto nos itens 1.1. e 1.2 deste trabalho, necessária foi a externalização, na carta constitucional de 1988 – em consonância com sua concepção materializadora de direitos – da preocupação em se extirpar preconceitos, de se erradicar a pobreza e marginalização, bem como de se reduzir¹⁴¹ as desigualdades.

No objetivo específico de redução das desigualdades social e regional, cumulada com a questão racial, evidenciou-se a ideia de que os resultados de brancos e de negros jamais seriam iguais sem a atuação positiva do Estado, tendo em vista que as posições de largada foram diferentes¹⁴².

¹³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2003, p. 67.

¹³⁹ SILVA, André Luiz Nunes da. **Ações afirmativas e cotas raciais na Universidade**: uma via de promoção da igualdade material. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 109.

¹⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 376.

¹⁴¹ Espera-se eliminar.

¹⁴² Dentro dessa metáfora, Lyndon B. Johnson, ex-presidente dos Estados Unidos, mesmo que tenha utilizado a fala em outro contexto, define brilhantemente a situação vivida no Brasil antes da aplicação das medidas de ação afirmativa nas seguintes palavras: "Não se pode pegar um homem que ficou acorrentado por anos, libertá-lo das cadeias, conduzi-lo, logo em seguida à linha de largada de uma corrida, dizer você é livre para competir com os outros, e assim pensar que se age com justiça." (FERES JUNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas (Org.). **Ação afirmativa e universidade**: experiências nacionais comparadas. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2006. p.48-49).

Ronald Dworkin defende a ideia de que os indivíduos, de acordo com sua origem, “não começam suas vidas em termos iguais; alguns partem com acentuadas vantagens de riqueza de família ou educação formal ou informal”¹⁴³. Nesse sentido, em relação às “posições de largada” e as medidas adequadas para mudança desse quadro de desigualdade, Norberto Bobbio assim se manifestou:

[...] O princípio da Igualdade, ou melhor, do nivelamento das oportunidades, aplica-se por isso à redistribuição do acesso a várias posições na sociedade e não a atribuição dessas mesmas posições. O problema é, pois, o de fazer combinar pessoas de dotes desiguais com posições que oferecem uma remuneração, um poder ou um prestígio desiguais. A solução é torná-las acessíveis a todos mediante a competição. Hipoteticamente, se a todos for dado um mesmo ponto de partida, a posição que enfim ocuparão dependerá exclusivamente da velocidade com que tiverem corrido e da distância alcançada.

O liberalismo clássico afirmava que a Igualdade de oportunidades é possível mediante a igual atribuição dos direitos fundamentais [...].

Mais tarde veio a reconhecer-se que a igualdade de direitos não é suficiente para tornar acessíveis a quem é socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozam os indivíduos socialmente privilegiados. Há necessidades de distribuições desiguais para colocar os primeiros ao mesmo nível de partida; são necessários privilégios e benefícios materiais para os economicamente não privilegiados¹⁴⁴.

Acredita-se que as ações afirmativas – sociais e raciais, não previstas na constituição - são capazes de promover/auxiliar na realização dos objetivos previstos no art. 3º da Constituição Federal, conforme resultados que já são verificados, como se verá em capítulo próprio.

2.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA

Viu-se que a Dignidade da Pessoa Humana é um dos fundamentos da República, descritos no art. 1º, II da Constituição Federal. Fábio Konder Comparato afirma que o princípio “deveria ser apresentado como o fundamento do Estado brasileiro e não apenas como **um** dos seus fundamentos”¹⁴⁵.

Sobre esse princípio, Maria Berenice Dias, trata da origem e do significado no ordenamento jurídico:

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. XII.

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto; BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário de política**. v.2. 5.ed. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004, p.604.

¹⁴⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos Direitos Humanos**. Disponível em www.iea.usp.br/artigos. Acesso em 04 de novembro de 2012.

[...] A preocupação com o promoção dos direitos humanos e da Justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão. [...] O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos, é um macro princípio do qual irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, e solidariedade, uma coleção de princípios éticos. [...] Representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade¹⁴⁶.

Considerando que os quatro principais elementos que sustentam o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana são: igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade, Ana Carolina Lopes Olsen aponta que o princípio refere-se a direitos que situam os indivíduos na mesma posição de igualdade entre si, garantindo sustento, acesso ao conhecimento necessário para a livre manifestação intelectual, bem como meios de lutar pelos seus interesses¹⁴⁷.

O princípio é identificado no mundo fático quando se observa contrariedade ao seu conteúdo, partindo, portanto, de um conceito negativo. Nesse diapasão, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “... será desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto”¹⁴⁸.

Acerca da abrangência de conteúdo desse fundamento Goffredo Telles Junior discorre que:

A dignidade humana, apesar de ter sido um conceito que foi absorvido pela leitura dogmática dos positivistas que a comparava como resultado natural do seguimento positivo da lei, não está efetivamente restrita à lei ou aos preceitos normativos. No pós-positivismo, percebe-se que uma tomada de consciência que tente relacionar os anseios e desejos humanos com o respeito pela capacidade de criação e de orientação do próximo passa a superar determinações que classifico como “fragmentárias”, pois se tentarmos entender a noção de justo apenas pela perspectiva legal, estamos claramente fazendo uma análise restritiva que, tal qual um fragmento, apenas dá uma resposta incompleta¹⁴⁹.

¹⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 52.

¹⁴⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 46.

¹⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, Nº 8 - Junho de 2006, p. 35.

¹⁴⁹ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O Direito Quântico**. São Paulo: Ed Juarez de Oliveira, 2003, p. 148).

Reconhece-se também a relação entre a Dignidade da Pessoa Humana e os direitos sociais¹⁵⁰. Acerca dessa relação, Ana Paula de Barcellos afirma:

Em todos os níveis da vida social, do público ao privado, na atuação do Estado em geral, na economia e na vida familiar, a dignidade da pessoa humana repete-se como o valor fundamental, e concretiza-se, dentre outros aspectos, ao se assegurar o exercício dos direitos individuais sociais¹⁵¹.

Para Ana Paula de Barcellos, os direitos fundamentais teriam função complementar, com vista à implementação da dignidade da pessoa humana: “na medida em que os direitos sociais viabilizam o exercício real e consciente dos direitos individuais e políticos e que todos, conjuntamente, contribuem para a realização da dignidade humana.”¹⁵²

Reconhecendo também a íntima vinculação entre a Dignidade da Pessoa humana e os direitos fundamentais, Ingo Sarlet destaca que se estabelece, por parte do Estado, uma ação negativa (passiva), a fim de impedir agressões e uma ação positiva (ativa), intencionando a implementação de ações concretas que, além de evitar agressões, criem reais condições de vida digna a todos, em consonância com o projeto constitucional inclusivo¹⁵³.

Acerca da amplitude do Princípio, Ana Paula de Barcellos afirma que, embora se reconheça a existência de pontos de vista mais ambiciosos acerca da abrangência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, as opiniões convergem no sentido de que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima, assim como à saúde básica, à educação fundamental e ao acesso à justiça¹⁵⁴.

É nesse sentido que se afirma, neste trabalho, que a adoção de políticas de ação afirmativa nas Universidades funciona como implementação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, dando ao negro, afetado pela negação de direitos no passado, a oportunidade de acesso aos direitos sociais. Essa ideia é consonante com o que Ana Carolina Lopes Olsen traz, afirmando que o princípio está

¹⁵⁰ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 194.

¹⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 115.

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 62.

¹⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247-148.

relacionado à garantia da mesma posição de igualdade entre os indivíduos, dando oportunidade para o sustento, acesso ao conhecimento necessário para a livre manifestação intelectual, e fornecendo meios de buscar o que se almeja.

2.3 A IMPERATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Na esteira da importância dos princípios na ordem jurídica nacional, Luis Roberto Barroso destaca o papel da Constituição de 1988 na construção de uma nova história. Segundo ele, a “Constituição Cidadã” constitui rito de passagem para o início da maturidade constitucional brasileira. O autor enaltece a decadência do positivismo e a consequente ascensão dos princípios. Segundo ele, a ruína do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo deram ensejo a uma reflexão acerca da função social do Direito, abrindo espaço para uma nova interpretação. Acerca da imperatividade das normas constitucionais, o autor explicita:

As normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional¹⁵⁵.

A nova hermenêutica constitucional levou o nome de pós-positivismo¹⁵⁶, o qual relaciona valores, princípios e regras e a teoria dos direitos fundamentais, a qual tem como base a dignidade da pessoa humana.

Esse novo período teve como característica o enaltecimento dos princípios, explícita ou implicitamente, pelos textos constitucionais e o reconhecimento de sua normatividade pela ordem jurídica. O momento anterior - em que os princípios

¹⁵⁵ Sobre o tema, Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2002.

¹⁵⁶ “Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética. A estes elementos devem-se agregar, em um país como o Brasil, uma perspectiva do Direito que permita a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo. É preciso transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na prática jurisprudencial e produzir efeitos positivos sobre a realidade”. (BARROSO, Luís Roberto. **O COMEÇO DA HISTÓRIA. A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO**. Disponível em <download.rj.gov.br/...pdf/Revista57Doutrina_pg_305_a_344.pdf>. Acesso em 14 de abril de 2012.

tenham valor axiológico, relacionado à Ética, sem efetividade jurídica – deu espaço a uma época em que os princípios receberam o caráter de norma jurídica.

Sobre a posição central dos princípios no ordenamento jurídico, Carmen Lucia Antunes Rocha tece as seguintes considerações:

Os princípios Constitucionais são assim, o cerne da Constituição, onde reside a sua identidade, sua alma. A ordem constitucional forma-se, informa-se e conforma-se pelos princípios adotados. São eles que mantêm em sua dimensão sistêmica, dando-lhe fecundidade e permitindo a sua atualização permanente¹⁵⁷.

É válido lembrar a classificação proposta por Dworkin e lapidada por Robert Alexy, segundo a qual que as normas gerais classificam-se em princípios e regras, correspondendo ao critério qualitativo.

As regras caracterizam-se por conter dados objetivos, de caráter descritivo e tem a especificidade como característica, levando a uma conclusão embasada na validade. Elas têm como mecanismo a subsunção. Caso a validade da regra seja positiva e seus pressupostos sejam concretos, a respectiva aplicação é inegável.

Os princípios, por sua vez, têm maior abstração e pluralidade de incidências. Sua aplicação ocorre mediante a ponderação, tendo em vista a possibilidade de colisão entre princípios.

Barroso afirma que os princípios são normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados, trazendo um conteúdo axiológico ou uma decisão política em seu conteúdo. O jurista conclui que “regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos”.

Com propriedade, os ensinamentos de Luis Roberto Barroso:

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade, dão harmonia e unidade ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isso, serve de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condenar

¹⁵⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n.15, p.85, 1996, p.87.

valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete¹⁵⁸.

No âmbito dos princípios, ainda é possível fazer três classificações, segundo Barroso: princípios fundamentais, gerais e setoriais.

São princípios fundamentais os objetivos da República, constantes no art. 3º da Constituição Federal:

“construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Da mesma forma, inclui-se nessa categoria o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, contida no art. 1º, III da Constituição Federal, representando princípio central do Estado Democrático de Direito¹⁵⁹.

Já os princípios gerais têm menor grau de abstração, sendo mais facilmente determináveis o núcleo em que operam como regras. Devido ao fato de serem ramificações dos princípios fundamentais, estão presentes em toda a ordem jurídica. A maioria deles concentra-se no art. 5º da Constituição, o qual trata dos direitos e deveres individuais e coletivos¹⁶⁰.

Finalmente, os princípios setoriais significam os que dizem respeito a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Como exemplo, citam-se os da Administração Pública, Organização dos Poderes e os Princípios da Ordem Social.

Vê-se que os princípios operam no âmbito das ações afirmativas como seu principal fundamento, de modo que atualmente, tem-se a declaração de

¹⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v.1, n.1, p.42-44, 2001, p.42-44.

¹⁵⁹ São também princípios fundamentais os que representam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, determinantes de sua estrutura essencial, que seriam a forma, o regime e o sistema de governo, bem como a forma de Estado. Igualmente, e os princípios que a regem a Nação em suas relações internacionais, tais como soberania, independência, autodeterminação dos povos, não intervenção e igualdade entre os Estados (art. 4º, I, III, IV, V), defesa da paz, de solução pacífica dos conflitos e repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, VI, VII e VIII), prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

¹⁶⁰ Costuma-se equiparar doutrinariamente os direitos fundamentais e os princípios. “As colisões dos direitos fundamentais acima mencionadas devem ser consideradas segundo a teoria dos princípios como uma colisão de princípios. O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação”. (ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.98. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes).

constitucionalidade desse tipo de política pública com base na materialização da igualdade.

3 O NEGRO COMO MINORIA – A “MINORIA” MAJORITÁRIA

3.1 CONCEITO DE MINORIA

A expressão minoria teve origem na Europa, final do século XVIII e início do século XIX, quando o cenário era dos conflitos nacionalistas. Passando por um período de reconfiguração territorial, celebraram-se tratados entre os Estados, com vistas a proteger as minorias religiosas, linguísticas e raciais que habitavam seus territórios¹⁶¹.

A dificuldade em definir minoria é indicativa da lacuna de direitos que protegem o grupo. Daniel O'Donnell, contribuindo para a sustentação desse fundamento, afirma que: “Sin embargo, su aplicación también se dificulta por la falta de una definición clara y universalmente aceptada del término minoria.”¹⁶²

A palavra minoria está frequentemente atrelada ao “diferente”, ao excluído e marginalizado. Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, minoria diz respeito a “grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder.”¹⁶³

Observa-se que, de um lado tem-se uma restrição a direitos e de outro a detenção do poder. Como se deu a atribuição de direitos de maneira diferenciada entre os grupos? Esse é o cerne do surgimento das políticas públicas resgatadoras da igualdade material.

Joaquim Barbosa Gomes, Presidente do Supremo Tribunal Federal, afirma que minorias constituem todos os grupos que necessitam de proteção especial: “os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por

¹⁶¹ MONTEIRO, Christiane Schorr. A luta das mulheres por reconhecimento. In: **Cidadania, diversidade e reconhecimento**: produção associada ao projeto de pesquisa “cidadania em sociedades multiculturais: incluindo o reconhecimento” / Organização [de] João Martins Bertaso – Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 48.

¹⁶² O'DONNELL, Daniel: **Protección Internacional de los Derechos Humanos**. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1998, p. 342.

¹⁶³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: **Revista Trimestral de Direito Público** – n.º 15, Belo Horizonte, 1996, p. 87.

condições econômicas inferiores, por deficiências físicas e psíquicas, por idade, etc..”¹⁶⁴.

Christiane Schorr Monteiro, em sua obra “A luta das mulheres por reconhecimento”, fazendo referência a Luciano Mariz Maia¹⁶⁵, traz que os direitos dos grupos minoritários foram reconhecidos preponderantemente por razões políticas, buscando evitar conflitos em relação ao desejo de se reconhecer direitos¹⁶⁶.

No cenário das Nações Unidas, não há consenso sobre o conceito de minoria. A Subcomissão para Prevenção da Discriminação e proteção das Minorias propôs, em 1950, uma noção acerca de minoria:

I – O termo minoria inclui, dentro do conjunto da população, apenas aqueles grupos não dominantes, que possuem e desejam preservar tradições ou características étnicas, religiosas ou linguísticas estáveis, marcadamente distintas daquelas do resto da população; II – tais minorias devem propriamente incluir um número de pessoas suficiente em si mesmo para preservar tradições e características e, III – Tais minorias devem ser leais ao Estado dos quais sejam nacionais.

Compreendido seu conceito, adquire-se subsídio para identificação dessas minorias, com vistas à proteção.

3.2 O ELEMENTO NUMÉRICO DA MINORIA

Outra questão interessante acerca da palavra minoria é a o paradoxo existente em sua terminologia e semântica. O Novo Dicionário Aurélio descreve minoria como: “inferioridade numérica; a parte menos numerosa duma corporação deliberativa, e que sustenta ideias contrárias às do maior número; menoridade”¹⁶⁷.

¹⁶⁴ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional**, 2000. Disponível em: <<http://inclusaojuridica.blogspot.com/2010/03/instrumentos-e-metodos-de-mitigacao-da.html>>. Acesso em 13 de março de 2012.

¹⁶⁵ MAIA, Luciano Mariz. **Os direitos das minorias étnicas**. Disponível em <www2.mre.gov.br/ipri/Rodrigo/.../1-Luciano%20Mariz%20Maia.rtf>. Acesso em 10 de agosto de 2012.

¹⁶⁶ MONTEIRO, Christiane Schorr. A luta das mulheres por reconhecimento. In: **Cidadania, diversidade e reconhecimento**: produção associada ao projeto de pesquisa “cidadania em sociedades multiculturais: incluindo o reconhecimento” / Organização [de] João Martins Bertaso – Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 48.

¹⁶⁷ MINORIA. In: **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Disponível em <<http://www.dicionariodoaurelio.com/dicionario.php?P=Minoria>>. Acesso em 20 de agosto de 2012.

Entretanto, em análise mais profunda e menos literal, verifica-se que as minorias não têm como característica essencial o elemento numérico.

Gabi Wucher, ao tratar sobre o assunto, assevera:

O elemento numérico per se não é, sem dúvida, suficiente para caracterizar uma minoria que precise de proteção especial. A situação na África do Sul, durante o regime de apartheid, caracterizada pela dominância exercida pela minoria branca sobre a maioria – a população negra –, é ilustrativa nesse contexto.¹⁶⁸

Nesse diapasão, Carlos Skliar afirma que, na situação do “apartheid”, a maioria numérica representava uma “minoridade de direito”¹⁶⁹.

Para ser definido como minoria, o grupo necessita ter a característica de não dominância, de rebaixamento social, na esteira dos ensinamentos de Cármen Lúcia Antunes Rocha. A minoria é, por conseguinte, muitas vezes equiparada a um grupo vulnerável¹⁷⁰.

A autora, nesta esteira, afirma que a minoria não é concebida no sentido quantitativo, mas sim faz alusão à qualificação jurídica de grupos aos quais é atribuídos um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, em relação a outros grupos, detentores do poder¹⁷¹. Cármen Lúcia Antunes Rocha traz o seguinte acerca da “maioria negra”: “[...] uma minoria pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito, etc.) o que é tido por maioria”.

Visto o elemento numérico, passa-se a identificar as minorias.

3.3 QUEM SÃO AS MINORIAS?

Para a identificação das minorias, faz-se necessária a compreensão do público alvo das ações afirmativas. Paulo Lucena de Menezes aborda as políticas de ações afirmativas de modo a atribuir-lhes divisões metodológicas e de conteúdo,

¹⁶⁸ WUCHER, Gabi. **Minorias: Proteção Internacional em Prol da Democracia** – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 46.

¹⁶⁹ SKLIAR, Carlos B. **A educação e a pergunta pelos Outros. Diferença, alteridade, diversidade e os outros outros**. Ponto de Vista (UFSC), Florianópolis, v. 5, 2003, p. 45.

¹⁷⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: **Revista de informação legislativa**, Brasília, Ano 33, n. 131, jul./ set. 1996, p. 166.

¹⁷¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: **Revista de informação legislativa**, Brasília, Ano 33, n. 131, jul./ set. 1996, p. 170.

quais sejam: previsões constitucionais; objetivos; seleção dos grupos sociais; seleção dos indivíduos entre os membros dos grupos sociais beneficiários; intervenção do Poder Público; e principais previsões constantes dos programas de ação afirmativa¹⁷².

O autor leciona que os grupos sociais beneficiados pelas políticas de ações afirmativas são compostos por aqueles que foram ou continuam sendo alvo de discriminação ou que apresentam desvantagens evidentes: mulheres, portadores de deficiência, idosos, além de grupos raciais e étnicos que abrangem algumas minorias, tais como os Índios (Estados Unidos), os esquimós (Canadá) e os aborígenes (Austrália)¹⁷³.

Menezes diferencia, entretanto, as minorias dos grupos sociais favorecidos pelas ações afirmativas. Ele afirma que eles não se correlacionam necessariamente.

Aclarando essa distinção, Francisco Capotorti afirma que o conceito de minoria está atrelado a quatro elementos essenciais, a saber: o aspecto numérico, a não dominância, a nacionalidade e a solidariedade. Essa distinção tem caráter teórico, considerando o que foi exposto no item 3.2 deste trabalho (“O ELEMENTO NUMÉRICO DA MINORIA”).

A vertente prática da diferenciação pode ter como exemplo a prática de adoção de políticas públicas voltadas a negros no Brasil, país em que os negros não são minoria numérica, assunto que será abordado adiante.

Paulo Lucena afirma que os grupos alvo das políticas de ações afirmativas podem ser escolhidos com base em critérios econômicos ou na localização geográfica ou em outros fatores¹⁷⁴.

Canotilho defende que minoria corresponde a um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição não dominante, dotado de características étnicas, religiosas ou linguísticas que diferem da maioria da

¹⁷² MENEZES, Paulo Lucena de. Ação Afirmativa: Os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira. In: **Revista dos Tribunais**, v. 816, outubro de 2003, p. 60.

¹⁷³ MENEZES, Paulo Lucena de. Ação Afirmativa: Os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira. In: **Revista dos Tribunais**, v. 816, outubro de 2003, p. 65.

¹⁷⁴ O jurista cita, como exemplo de política de ação afirmativa que tem como base fator diverso da renda e localização geográfica, um programa público australiano que beneficia indivíduos com determinadas características linguísticas (“non-English speaking background”). A título de exemplo, cita-se o art. 7º, XX da Constituição Federal Brasileira: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;”.

população, solidários uns com outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação da igualdade de fato e de direito com a maioria¹⁷⁵.

A partir da análise dos motivos que levaram à formação da minoria negra, bem como da solução jurídica necessária para a elevação desse grupo, é que se desenvolve o presente trabalho.

3.4 A MAIORIA NEGRA

Dados do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), em pesquisa intitulada “A Dinâmica Demográfica da População Negra Brasileira”, com base no Censo demográfico de 2010 descrevem as características da população negra comparada à branca, apontando implicações para a demanda por políticas públicas.

Nesse estudo, demonstra-se que, em 2010, 97 milhões de pessoas se declararam negras e 91 milhões se autodenominam como brancas.

Geziela Jansen, em sua obra datada de 2010, ao trazer informações relativas a 2007, já analisou a previsão desses dados:

Em 2007, o país possuía 183.987.291 brasileiros, sendo que 49,5% da população correspondiam a pretos e pardos, no entanto, segundo a análise das projeções de fecundidade das últimas décadas sugerem, que “em algum momento de 2008 a população negra será mais numerosa que a população branca”. E, se as “tendências de fecundidade continuarem como nos últimos anos, a partir de 2010, o Brasil será um país de maioria absoluta de negros.”¹⁷⁶

Nessa toada, dados coletados por Luciana Jaccoud e por Nathalie Beghin - do Censo Demográfico do IBGE de 2000 - demonstram que os brasileiros afrodescendentes constituem a segunda maior nação negra do mundo, somando, à época, 76,4 milhões de pessoas, ou seja, 45% dos habitantes do Brasil¹⁷⁷.

Restam demonstrados, portanto, a predominância da população negra no Brasil e - decorrente disso - o quão importante é o desenvolvimento desse grupo para que se alcancem reais resultados de crescimento do país.

¹⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 363.

¹⁷⁶ JANSEN, Geziela. **Política de cotas raciais em universidades brasileiras**: entre a legitimidade e a eficácia. Curitiba: Juruá, 2010, p. 118.

¹⁷⁷ JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. **Desigualdades raciais no Brasil**: um balanço da intervenção governamental. Brasília: Ipea, 2002, p. 25.

3.4.1 Dados da exclusão

A afirmação de que os resultados desfavoráveis aos negros no quesito renda e escolaridade prejudica o desenvolvimento nacional encontra respaldo nos dados sobre a exclusão no Brasil. Segundo pesquisa referente ao ano de 2005, ficou demonstrado que, à época, 64,1% dos pobres eram negros. Ainda, em relação aos indigentes, o número subia para 70%¹⁷⁸. Ainda, de acordo com dados do IPEA, em 2001, dos 22 milhões de brasileiros que viviam abaixo da linha da pobreza, 70% deles eram da raça negra. De 53 milhões de brasileiros que viviam na pobreza, 64,17% eram negros, o que permite afirmar que, dentre 10 brasileiros pobres, 7 eram negros¹⁷⁹.

Com relação à renda, tem-se que, em 2006, os homens brancos recebiam, em média, R\$986,50 (novecentos e oitenta e seis reais e cinquenta centavos) por mês, ao passo que os negros ganhavam aproximadamente 50% do salário dos brancos, resultando em R\$502,00 (quinhentos e dois reais) mensais¹⁸⁰.

O Atlas racial brasileiro, assim como o estudo intitulado Retrato das desigualdades de gênero e raça¹⁸¹, publicado pelo IPEA em conjunto com a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres e o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher, permite constatar que os indicadores gerais melhoraram desde 1991, mas, mesmo com o progresso entre os negros, as diferenças não diminuíram:

50% dos negros ou pardos são pobres (enquanto 25% dos brancos estão nessa condição); os negros representam, ainda, 60% dos pobres e 70% dos indigentes; quanto à expectativa de vida, a diferença entre as duas populações permanece alta. Um menino negro nascido em 2000 deve viver, em média, 5,3 anos a menos que um branco. Meninas negras vivem, em média, 4,3 anos a menos que as brancas; homens negros recebem, em média, salários que correspondem a cerca de 50% dos salários dos homens brancos (502 reais contra 986,5 reais);

¹⁷⁸ Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento: racismo, pobreza e violência – Relatório de Desenvolvimento Humano – BRASIL, 2005, p. 62.

¹⁷⁹ Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento: racismo, pobreza e violência – Relatório de Desenvolvimento Humano – BRASIL, 2005, p. 60.

¹⁸⁰ BRASIL. **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. Brasília, IPEA/ SPM/ Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher, 2008, p. 13.

¹⁸¹ BRASIL. **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. Brasília, IPEA/ SPM/ Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher, 2008.

A diferença salarial também é observada pelas informações apresentadas por Gilberto Dimenstein, o qual destaca também a condição ainda pior da mulher negra¹⁸², que acumula preconceitos racial e de gênero:

A mulher trabalhadora é negro de saia. De acordo com o DIEESE, o salário médio de um negro é, em São Paulo, aproximadamente R\$ 510. Os brancos ganham nada menos que o dobro. Em essência, para o mercado de trabalho, dois negros valem um branco. [...]

A mulher negra sofre, portanto, por ser mulher e por ser negra. Uma mulher negra ganha por mês R\$ 400. Na fria tradução comercial, duas e meia mulheres negras equivalem a um homem branco. Vimos, com base no trabalho de Sant'anna, que, independentemente de quanto se modifica para melhor ou pior o índice para Brasil, se os dados forem apresentados por grupo racial, a população negra tem os piores índices¹⁸³.

O preconceito em relação às mulheres negras influi diretamente em suas opções laborais, de acordo com o que demonstram os seguintes dados:

(...) o fato de 48% das mulheres pretas e 30,5% das mulheres pardas estarem no serviço doméstico é sinal de que a expansão do mercado de trabalho para essas mulheres não representou ganhos significativos. E quando essa barreira social é rompida, ou seja, quando as mulheres negras conseguem investir em educação, numa tentativa de mobilidade social, elas se dirigem para empregos com menores rendimentos e menos reconhecidos no mercado de trabalho¹⁸⁴.

O analfabetismo entre pretos e pardos é o dobro do que entre brancos. Em 2006, entre cerca de 14,4 milhões de analfabetos brasileiros, mais de 10 milhões eram pretos e pardos. As taxas de analfabetismo para a população de 15 anos ou mais de idade foram de 6,5% para brancos e de mais que o dobro, 14%, para pretos e pardos. A taxa de analfabetismo funcional segue a mesma diferença: entre brancos, 16,4%, para pretos, 27,5%, e para pardos, 28,6%¹⁸⁵.

¹⁸² Atualmente, tem-se a definição de desigualdade de gênero e raça no Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.228/10):

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

[...] III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;

¹⁸³ Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dimenstein/gilberto/gd300400.htm>>. Acesso em 22 de setembro de 2012.

¹⁸⁴ LIMA, M. Trajetória educacional e realização sócio-econômica das mulheres negras. In: HASENBALG, C., SILVA, N. do V. **Cor e estratificação social**. Rio de Janeiro: Contracapa, 1999, p. 157.

¹⁸⁵ BRASIL. Estudo das desigualdades raciais, racismo e políticas públicas, 2008, p. 67.

Ainda em referência à educação, comprova-se que, entre os jovens negros de 18 a 24 anos, 27% estão no ensino fundamental, enquanto a mesma faixa etária dos brancos apresenta 11% nesse nível de escolaridade¹⁸⁶.

No ano de 2000, o percentual de homens negros com curso de graduação era 2,7%, menor do que o percentual referente aos brancos no ano de 1960, 3%.

Com a adoção de políticas públicas voltadas à reparação dos prejuízos herdados pela população negra, os índices educacionais são mais animadores, demonstrando resultados positivos referentes ao ano de 2011. Observa-se aumento de 47,7% na participação dos negros em universidades federais. Agora se tem os seguintes números dentro das instituições federais de ensino superior: 8,72% de negros, 53,9% brancos, 32% pardos e menos de 1% indígenas¹⁸⁷.

Esses dados demonstram o atraso ao qual o negro foi submetido. Mesmo passados 124 anos da abolição da escravidão, o negro carrega heranças negativas nos campos social, educacional, do mercado de trabalho, bem como no âmbito salarial.

4 AÇÕES AFIRMATIVAS NO ENSINO SUPERIOR

A questão das ações afirmativas no ensino superior, para Kabengele Munanga, não tem origem no vazio, mas sim na constatação de que os negros não têm representatividade, não são visíveis nas Universidades de boa qualidade¹⁸⁸.

Ainda no Governo de Fernando Henrique Cardoso, a III Conferência Mundial Contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Outras Formas de Intolerância¹⁸⁹, realizada em Durban, África do Sul, no ano de 2001, teve a

¹⁸⁶ BRASIL. Estudo das desigualdades raciais, racismo e políticas públicas, 2008, p. 68.

¹⁸⁷ Disponível em <<http://noticias.terra.com.br/educacao/noticias/0,,OI5277434-EI8266,00-Universidades+federais+tem+menos+de+de+estudantes+negros.html>>. Acesso em 12 de novembro de 2012.

¹⁸⁸ MUNANGA, Kabengele. Considerações sobre as políticas de ação afirmativa no ensino superior. PACHECO, Jairo Queiroz e SILVA, Maria Nilza da (orgs) In: **O negro na universidade: direito à inclusão**. Brasília, DF: Fundação Cultural Palmares, 2007, p. 11.

¹⁸⁹ Conferência mundial na África do Sul, em 2001. De 31 de agosto a 7 de setembro de 2001 ocorreu a III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância em Durban, na África do Sul. Temas urgentes e polêmicos sacudiram a conferência, da qual fizeram parte 173 países, 4 mil organizações não governamentais (ONGs) e um total de mais de 16 mil participantes. O Brasil estava presente, com 42 delegados e cinco assessores técnicos. Um importante papel coube ao nosso país: Edna Roland, mulher, negra e ativista foi a relatora geral da conferência, representando também as minorias vítimas de discriminação e

participação de muitas lideranças de movimentos negros do Brasil. A temática tomou conta das pautas de debate no País. A referida conferência, promovida pela Organização das Nações Unidas, resultou na “Declaração de Durban”, tendo o Brasil como signatário.

Trouxe o documento, em seu parágrafo 100¹⁹⁰:

100. Insta os Estados a estabelecerem, com base em informações estatísticas, programas nacionais, inclusive programas de ações afirmativas ou medidas de ações positivas, para promoveram o acesso de grupos de indivíduos que são ou podem vir a ser vítimas de discriminação racial nos serviços básicos, incluindo, educação fundamental, atenção primária à saúde e moradia adequada;

Tendo os Tratados Internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil, caráter de emenda constitucional, de acordo com o art. 5º, § 3º da Constituição Federal, as ações afirmativas de inclusão racial ganham mais um ponto a seu favor, no que diz respeito ao respaldo constitucional.

Em período anterior, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, importante destacar o embasamento que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, deu à Dignidade da Pessoa Humana, tendo trazido, em seu art.

intolerância. A proposta de um programa de criação de cotas para estudantes negros nas universidades públicas brasileiras foi apresentada e gerou polêmica. Ao fim da Conferência, foram elaboradas uma Declaração e uma Plataforma de Ação, a fim de direcionar esforços e concretizar as intenções da reunião. (Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/discriminacao/cenferenciadedurban.html>>. Acesso em: 13 jul. 2008).

¹⁹⁰ Ganham destaque também os parágrafos 107 e 108 do documento: 107. Destacamos a necessidade de se desenhar, promover e implementar em níveis nacional, regional e internacional, estratégias, programas, políticas e legislação adequados, que possam incluir medidas positivas e especiais para um maior desenvolvimento social igualitário e para a realização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todas as vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, inclusive através do acesso mais efetivo às instituições políticas, jurídicas e administrativas, bem como a necessidade de se promover o acesso efetivo à justiça para garantir que os benefícios do desenvolvimento, da ciência e da tecnologia contribuam efetivamente para a melhoria da qualidade de vida para todos, sem discriminação; 108. Reconhecemos a necessidade de se adotar medidas especiais ou medidas positivas em favor das vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata com o intuito de promover sua plena integração na sociedade. As medidas para uma ação efetiva, inclusive as medidas sociais, devem visar corrigir as condições que impedem o gozo dos direitos e a introdução de medidas especiais para incentivar a participação igualitária de todos os grupos raciais, culturais, lingüísticos e religiosos em todos os setores da sociedade, colocando a todos em igualdade de condições. Dentre estas medidas devem figurar outras medidas para o alcance de representação adequada nas instituições educacionais, de moradia, nos partidos políticos, nos parlamentos, no emprego, especialmente nos serviços judiciários, na polícia, exército e outros serviços civis, os quais em alguns casos devem exigir reformas eleitorais, reforma agrária e campanhas para igualdade de participação;

2º, o princípio da não discriminação. Entende-se que o conteúdo de tal princípio precede a discriminação positiva¹⁹¹.

O Brasil tem adotado medidas concretas para combate ao racismo nos diversos âmbitos, como a adoção de cotas para negros nos Serviços Públicos Federais¹⁹², Ministério das Relações Exteriores (Instituto Rio Branco), Ministério do Desenvolvimento Agrário, a criação da Sepir (Secretaria Especial da Promoção da Igualdade Racial) e políticas de desenvolvimento das comunidades Quilombolas, bem como a sanção da Lei n. 10.639/2003 (tornando obrigatórios o ensino e a cultura afro-brasileira nas escolas de ensinos fundamental e médio).

Munanga questiona como aumentar a representação do negro na educação superior, visando tanto à melhoria das oportunidades de ingresso e permanência, como a diminuição das desigualdades acumuladas durante cerca de 400 anos. A resposta está nas ações afirmativas, tendo como objetivos centrais: colaborar com o combate ao racismo e seus efeitos de ordem psicológica e inserir mudanças culturais importantes e de convivência mais suave com a multidiversidade.

As primeiras Universidades públicas a instituir cotas raciais foram a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e a Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF), em 2002. A partir de então, diversas Universidades instituíram cotas raciais: a Universidade Estadual da Bahia (UNEB), a Universidade Federal do Paraná (UFPR), Universidade Federal do Amazonas (UNIFAM), entre outras.

Ainda no âmbito das Universidades, tem grande relevância nacional o Programa Universidade para Todos (ProUni), como intervenção estatal com o objetivo de instituir, por meio da Lei n. 11.096/2005, percentual de bolsas de estudo destinadas a negros, indígenas e portadores de deficiência em instituições privadas de ensino superior.

Raquel Correia Cesar registra dados alarmantes sobre projeções para a população negra brasileira caso as cotas não fossem realidade:

[...] sem as cotas o processo universal cego de inclusão dos afro-brasileiros seria muito lento. [...] [E,] se a educação brasileira continuar progredindo no mesmo ritmo de hoje, em 13 anos os brancos devem alcançar a média de 8 anos de estudo, enquanto os negros só atingiriam essa média em 32 anos.

¹⁹¹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos marca a reconstrução dos direitos humanos no pós-guerra, dando abertura a princípios, atribuindo a eles força normativa.

¹⁹² O Decreto Federal n. 4.228/2002 instituiu o Programa Nacional das Ações Afirmativas, abrangendo a reserva de vagas a negros, mulheres e portadores de necessidades especiais no preenchimento de cargos em comissão.

[..] Seriam necessários mais de três décadas [para que] brancos e negros [..] [concorressem] em pé de igualdade a uma vaga no ensino superior brasileiro¹⁹³.

Para a estudiosa, as ações afirmativas são válidas no campo da educação e também no mercado de trabalho, o que se verá adiante:

[..] maior parte dessas propostas encontra na educação superior e no mercado de trabalho a melhor estratégia de ação em busca da igualdade de condições. Ademais, é exatamente nestes setores que a exclusão dos grupos minoritários é mais evidente. A educação superior, em particular, é justificada devido às suas habilidades de analisar, contestar, pesquisar, estudar, aplicar tecnologia, compreender, propor e se engajar com o poder, o que é fundamental no desenvolvimento da autonomia e do poder de transformação do indivíduo. Enquanto o trabalho é concebido na atualidade como o instrumento de construção da honra individual e social do indivíduo¹⁹⁴.

A seguir, serão verificados os fundamentos para aplicação das ações afirmativas na Universidade Federal do Paraná, indicando a origem desse debate na instituição.

4.1 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – FUNDAMENTOS

Desde o ano de 2004 a Universidade Federal do Paraná traz a política de cotas sociais e raciais em seu processo seletivo, tendo esse projeto sido implementado por meio da Resolução n. 37/04. Esse movimento teve início em 2001, quando a Pró-reitoria de Extensão e Cultura promoveu seminário para a discussão sobre políticas afirmativas no ensino superior, que podemos considerar como marco inicial do processo que culminou com a aprovação pelo Conselho Universitário, em maio de 2004, do Plano de Metas de Inclusão Racial e Social.

¹⁹³ CESAR, Raquel Correia Lenz. **Questões jurídicas do sistema de reserva de vagas na universidade Brasileira: um estudo comparado entre a Uerj, a Unb e a Uneb**. Programa Políticas da Cor na Educação Brasileira. Série Ensaio & Pesquisas 2, 2003. Disponível em <www.politicasdacor.net>. Acesso em 30 de outubro de 2012.

¹⁹⁴ CESAR, Raquel Correia Lenz. **Questões jurídicas do sistema de reserva de vagas na universidade Brasileira: um estudo comparado entre a Uerj, a Unb e a Uneb**. Programa Políticas da Cor na Educação Brasileira. Série Ensaio & Pesquisas 2, 2003. Disponível em <www.politicasdacor.net>. Acesso em 30 de outubro de 2012.

Por ser mais do que uma adoção cotas sociais, “o Plano de Metas de Inclusão Racial e Social na Universidade Federal do Paraná” prevê programa de otimização da permanência do aluno cotista na Universidade, mediante apoio psicopedagógico ou de tutoria, além da criação de uma comissão para acompanhamento permanente dos estudantes indígenas, inclusive com a designação de um professor por aluno para orientação durante todo o curso.

Ademais, o alcance da política de cotas se amplia à medida que a Resolução dita a divulgação do Plano de Metas nas escolas públicas do Paraná, como também por meio de parceria com a Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

Outro fator que caracteriza a política como plano é a previsão de que se promova parceria com rede pública de ensinos fundamental e médio, no sentido de, por meio da formação dos docentes, preparar o aluno para a Universidade,.

Merecem destaque, neste trabalho, os fundamentos utilizados para a Resolução - os quais vão de encontro ao ideal descrito no art. 3º da Constituição Federal, concatenado aos princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, temas debatidos nesta Monografia -, quais sejam:

O CONSELHO UNIVERSITÁRIO da Universidade Federal do Paraná, no uso de suas atribuições regimentais e estatutárias, consubstanciado no constante do Processo nº 14898/04-12, e Considerando as diretrizes lançadas pela Constituição Federal para a formação de políticas e programas que interfiram positivamente na erradicação da pobreza e redução das desigualdades com vistas a construir uma sociedade justa e solidária; Considerando a necessidade de democratizar o acesso ao Ensino Superior público no país, especialmente aos afro-descendentes, aos povos indígenas e aos alunos oriundos da escola pública; Considerando, finalmente, os objetivos da Universidade Federal do Paraná, de democratizar ainda mais, em todos os níveis, o acesso e permanência em seus quadros das populações em situação de desvantagem social.

Disponibilizou-se 20% das vagas para alunos que tenham estudado exclusivamente em escola pública e a mesma porcentagem para alunos com características fenotípicas negras para alunos da graduação, ensinos técnico e médio oferecidos pela Instituição. Ademais, previu-se a criação de vagas suplementares na graduação e ensino técnico pós-médio a serem destinadas a alunos indígenas residentes em território nacional. Essa política tem previsão de 10 (dez) anos.

Como resistência natural às políticas de acesso a direitos fundamentais – uma vez que se mostrou necessário utilizar vias de discriminação positiva – houve

uma série de ações judiciais ajuizadas sob fundamentos contrários à política de cotas.

A título de exemplo, pode-se citar o Agravo de Instrumento n. 2005.04.01.006358-2/PR, de relatoria do Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, em cujo acórdão se destaca a contraposição entre o interesse individual e as políticas públicas, considerando que deve sempre prevalecer o interesse público, base das políticas públicas, segundo lições de Thiago Lima Breus:

A não realização de um interesse individual, que quase sempre veicula um interesse egoístico, referente tão-só à pessoa que o pratica, caso seja deixado de ser realizado não gera prejuízo a valor ou Direito Fundamental, pois inclusive é submetido a princípios como a da autonomia da vontade, ao passo que um interesse público, jamais pode deixar de ser realizado, haja vista o fato de que, caso não seja efetivado, promove ofensa a tal ordem de valores fundamentais e à dignidade da pessoa humana, consagrados pelo Ordenamento Jurídico¹⁹⁵.

Segue acórdão:

Administrativo. Agravo de instrumento. Medida liminar. Mandado de segurança. Vestibular. Sistema de cotas raciais e sociais. Princípios constitucionais. Direitos fundamentais. Efeitos imediatos. Interesse processual do impetrante.

1. É simplismo alegar que a Constituição proíbe discrimen fundado em raça ou em cor. O que, a partir da declaração dos direitos humanos, buscou-se proibir foi a intolerância em relação às diferenças, o tratamento desfavorável a determinadas raças, a sonenação de oportunidades a determinadas etnias. Basta olhar em volta para perceber que o negro no Brasil não desfruta de igualdade no que tange ao desenvolvimento de suas potencialidades e ao preenchimento dos espaços de poder.

2. É simplismo argumentar que a discriminação existente é em razão dos estamentos sociais; muito embora o branco pobre padeça também de carência de chances, fato irrecusável é que à figura do negro associou-se, imbricou-se mesmo, uma conotação de pobreza que a disparidade acaba por encontrar dupla motivação: por ser pobre ou por ser negro, presumidamente pobre.

3. Não se trata aqui de reparar no presente uma injustiça passada; não se trata de vindita ou compensação pelas agruras da escravidão; a injustiça, aí, está presente: as universidades, formadoras das elites, habitadas por esmagadora maioria branca. Permissa maxima venia, não há como deixar de dizê-lo, ver a disparidade atual e aceitá-la comodamente é uma atitude racista em sua raiz.

4. Simplismo, também, dizer que as cotas nas universidades não são o remédio adequado, que o tratamento a ser dispensado ao problema está em propiciar-se um ensino básico democratizado e de qualidade. É claro que as cotas raciais não constituem a única providência necessária, não se há de erigi-la em solução. Não as vejo, todavia, como mero paliativo, pois

¹⁹⁵ BREUS, Thiago Lima Breus. **Políticas públicas no estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 121.

creio que uma elite nova, equilibrada em diversificação racial, contribuirá em muito para a construção da sociedade pluralista e democrática que o Brasil requer.

5. Embora não haja base legal para coagir a entidade de ensino a fixar cotas em seus exames vestibulares, como asseverou o Ministro Nelson Jobim (SL n.º 60/SP), a Universidade pode fazê-lo, até porque os direitos fundamentais garantidos na Constituição têm efeitos imediatos, não podendo a disposição que determina o direito a uma vida digna coabitar com a perenização das desigualdades.

6. O interesse particular não pode prevalecer sobre a política pública; ainda que se admitisse lesão a direito individual - que me parece ausente ante o fato de que o Impetrante conhecia a limitação, concorreu para cotas já predeterminadas -, não se poderia sacrificar a busca de um modelo de justiça social apenas para evitar prejuízo particular.

7. O Impetrante, ademais, não ostentava interesse processual quando do ajuizamento, porquanto, ainda que afastados todos os concorrentes cotistas com notas inferiores a ele, continuaria fora das vagas disponibilizadas no ato convocatório.

Apesar de estar se referindo às cotas raciais estadunidenses, Ronald Dworkin traz fundamentos aplicáveis às políticas de cotas adotadas no Brasil, sobretudo na Universidade Federal do Paraná, sendo compatível com a ideia de formação de intelectuais negros, de José Antonio Marçal¹⁹⁶, considerando principalmente o caráter temporário das ações afirmativas:

Os programas baseiam-se em dois juízos. O primeiro diz respeito à teoria social: que os Estados Unidos permanecerão impregnados de divisões raciais enquanto as carreiras mais lucrativas, gratificantes e importantes continuarem a ser prerrogativa de membros da raça branca, ao passo que outros se vêem sistematicamente excluídos de uma elite profissional e social. O segundo é um cálculo de estratégia: que aumentar o número de negros atuando nas várias profissões irá, a longo prazo, reduzir o sentimento de frustração, injustiça e constrangimento racial na comunidade negra, até que os negros passem a pensar em si mesmos como indivíduos capazes de ter sucesso, como os outros, por meio do talento e da iniciativa. Nesse ponto futuro, as consequências, quaisquer que venham a ser elas, dos programas de admissão não raciais, poderão ser aceitas sem nenhuma impressão de barreiras ou injustiça raciais.

Adiante, estudar-se-á a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, que dá nome ao presente trabalho e apresenta importantes e amplos fundamentos das ações afirmativas.

¹⁹⁶ José Antonio Marçal é Mestre em Educação pela UFPR e atua como Coordenador de tutoria em Curso de extensão a Distância de Educação das Relações Étnico-raciais. Faz-se referência à obra MARÇAL, José Antonio. **Política de Ação Afirmativa na Universidade Federal do Paraná e a formação de intelectuais negros(as)**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal.

4.2 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 186 – UM NOVO PARADIGMA DA IGUALDADE RACIAL

O julgado mais importante que se teve no Brasil acerca da política de cotas é fruto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁹⁷ interposta pelo Partido Democratas visando a ver declarada a inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília (UnB), do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE) e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE), que instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes.

De relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o acórdão proferido neste processo abrangeu tópicos já debatidos neste trabalho¹⁹⁸, tais como: igualdade formal versus material; justiça distributiva; e políticas de ação afirmativa.

Trata-se também de critérios para ingresso no ensino superior, com cerne no art. 206, I, III e IV¹⁹⁹, que estabelece os seguintes princípios: “igualdade de condições para acesso e permanência na escola”; “pluralismo de ideias”; e “gestão democrática do ensino público”.

Outro tema abordado no julgamento deste feito é a meritocracia para acesso ao ensino superior, princípio previsto no art. 208, em seu inciso V²⁰⁰. Defende-se,

¹⁹⁷ O objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” vem traçado no primeiro artigo da Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que dispôs sobre o processo e julgamento da ADPF, anteriormente prevista na Constituição Federal, em ser art. 102, §1º. O que trouxe trabalho ao doutrinador foi a definição de “preceito fundamental”, que, segundo André Ramos Tavares “diferenciam-se dos demais preceitos constitucionais por sua importância, o que se dá em virtude da imediatidade dos valores que encampam e da relevância desses mesmos valores para o desenvolvimento ulterior de todo o direito. Os preceitos fundamentais de uma Constituição cumprem exatamente o papel de lhe conferir identidade própria. Albergam, em seu conjunto, a alma da Constituição” (BARROSO, Rosana Carrijo. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**. Jan/Jul de 2008, p. 461-463).

¹⁹⁸ Busca-se, neste tópico, apresentar a abrangência e conteúdo do julgado como forma de demonstrar a importância do posicionamento do Supremo Tribunal Federal para a busca pela igualdade racial.

¹⁹⁹ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

[...]

III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

²⁰⁰ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

neste trabalho e no julgado em análise, que, sob a ótica da meritocracia, deve-se considerar a diferença de trajetória pela qual passou cada indivíduo concorrente a uma vaga na Universidade. Kabengele Munanga também discute a previsão constitucional da meritocracia nos exames vestibulares:

Sobre o mérito, a questão é saber se é mais justo colocar mesma linha de partida alunos que não tiveram igualdade de oportunidade no acesso à educação e fazer uma classificação equitativa entre eles, ou submetê-los separadamente a um mesmo conteúdo seletivo. Por que sancionar aqueles que por razões socioeconômicas e raciais não tiveram acesso a um ensino fundamental e médio de boa qualidade para competir em pé de igualdade com os outros? O que é afinal a bendita meritocracia medida pelos testes do vestibular? As potencialidades intelectuais naturais dos alunos ou a classe social à qual pertencem?²⁰¹

Acerca também da meritocracia como fundamento contrário à adoção de ações afirmativas nas Universidades, Evandro Charles Piza Duarte destaca que:

O vestibular não é capaz de distinguir entre mérito “de chegada” e mérito “de trajetória”. Não considera as diferentes habilidades desenvolvidas para vencer obstáculos por parte de grupos que, não tendo acesso às melhores escolas e sendo vítimas de maiores provações sociais, são capazes de vencer as mesmas barreiras sociais de grupos privilegiados. Exclui, portanto, do conceito de mérito habilidades importantes: a de vencer dificuldades, resolver problemas práticos e adaptar-se a um novo ambiente, às vezes, hostil²⁰².

Importante salientar, de início, a afirmação que se faz pela Corte que está explicitada no texto constitucional a política de reserva de vagas no art. 37, VIII²⁰³.

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

²⁰¹ MUNANGA, Kabengele. Considerações sobre as Políticas de Ação Afirmativa no Ensino Superior. In: Pacheco, Jairo Queiroz e Silva, Maria Niza. (Org.). **O negro na universidade: o direito à inclusão**. 1 ed. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2007, v. , p. 16-17.

²⁰² DUARTE, Evandro Charles Piza. **A Revista Veja e a Polêmica sobre a indeterminação dos conceitos utilizados nas políticas de acesso ao Ensino Superior**: As “cotas raciais” no Ensino Superior provocam mais erros e enganos do que o padrão “mérito” dos vestibulares e os demais critérios de inclusão social (renda e escola pública)? Disponível em <www.neab.ufpr.br/pdf/Revista_veja_conceitos_Cotas_raciais.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

²⁰³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

Do mesmo modo, a previsão do art. 7º, XX²⁰⁴ da Constituição Federal também aponta para uma ação afirmativa, voltada à minoria de gênero.

No caso em comento, o filtro empregado para se promover discriminação positiva a fim de que os negros ascendam socialmente por meio da educação é a raça. Discutido é esse fato no meio social, por conta de ter sido comprovado a raça não ser um conceito biológico. Desse modo, abordou-se também a questão da raça na ação em comento. Na oportunidade, relacionou-se a expressão à tipificação do crime de racismo. Traz-se, no julgado, a ideia de que o conceito raça e sua derivação, racismo, são criações sociais, advindas de fatores histórico-políticos.

Assim, entende-se que o critério utilizado pelo constituinte de 1988 para o estabelecimento do crime de racismo - com o objetivo de impedir discriminação negativa - pode ser aplicado também como parâmetro para a implementação de política de ação afirmativa com o mesmo objetivo²⁰⁵:

O uso do termo raça é justificável nas políticas afirmativas (...) por ser o mesmo instrumento de categorização utilizado para a construção de hierarquias morais convencionais não condizentes com o conceito de ser humano dotado de valor intrínseco ou com o princípio de igualdade de respeito (...). Se a raça foi utilizada para construir hierarquias, deverá também ser utilizada para desconstruí-las.

Trata-se de um processo de três diferentes fases: i. a construção histórica de hierarquias convencionais que inferiorizaram o indivíduo quanto ao status econômico e de reconhecimento pela mera pertença a determinada raça (...); ii. a reestruturação dessas hierarquias com base em políticas afirmativas que considerem a raça, voltando-se agora à consolidação do princípio de dignidade; iii. A descaracterização do critério raça como critério de inferiorização e o estabelecimento de políticas universalistas materiais apenas²⁰⁶.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental aborda-se também o viés reparatório das ações afirmativas, dando-se enfoque ao papel do Estado na “desconstrução de hierarquias²⁰⁷”. O Ministro Marco Aurélio Mello, nessa esteira, afirma que “A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação (...)”.

²⁰⁴ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

²⁰⁵ IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 105-106.

²⁰⁶ IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 105-106.

²⁰⁷ Termo utilizado por Daniela Ikawa.

Afirmou, o Ministro Relator, que a Constituição de 1988 foi além da igualdade como se via em textos anteriores. A Constituição Cidadã preocupou-se em promover a igualdade substancial reconhecendo as diferenças intersubjetivas:

A toda evidência, não se ateve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro - a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais.

Essa desequiparação citada no texto leva em conta os dados que demonstram a desigualdade racial no Brasil. Além do objetivo de mudar a realidade dos números, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as políticas de ação afirmativa têm o importante papel de criar lideranças negras para que sejam representantes na luta por direitos e para que trabalhem como modelos integração e ascensão social, abarcando, desse modo, papel simbólico. Ademais, fala-se em ação afirmativa na Universidade como um meio de promoção do multiculturalismo e do pluralismo de ideias, valor constitucionalmente previsto.

Outro ponto importante abordado no feito é o caráter transitório dessa medida. Somente se considera constitucional a adoção de política de ação afirmativa dessa espécie enquanto persistir a situação que lhe deu origem, sendo a benesse permanente considerada contrária à democracia.

Devido ao fato de a decisão proferida em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ter eficácia “erga omnes” e efeito vinculante, além da imediatidade de seu cumprimento, ganhou essa decisão imenso destaque, representando um marco na garantia de direitos à minoria negra.

Destaca-se que a presença de diversos “amicus curiae”²⁰⁸ nesse processo tornou a decisão ainda mais democrática, vez que representa a participação social, fortalecendo a democracia.

²⁰⁸ Alguém que é admitido no processo para fornecer subsídios instrutórios sem se tornar titular de posições subjetivas relativas às partes. (TALAMINI, Eduardo. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: função e estrutura. In: FUX, Luiz, NERY JR., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2006, p. 34).

5 A SITUAÇÃO DO NEGRO BRASILEIRO NA REALIDADE HODIERNA

Atualmente, tem-se observado dados positivos no âmbito da ascensão social do negro. A Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República publicou, em meados de setembro do corrente ano, pesquisa do estudo Vozes da Classe Média, segundo a qual os negros compõem aproximadamente 80% da nova classe média. A classe média passou a ter a seguinte composição: 53% de negros e 47% de brancos²⁰⁹.

Outro ganho foi a Lei n. 12.288/10, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, após a tramitação de seu projeto ter durado quase uma década. O Estatuto define diretrizes para a garantia de oportunidades à população negra brasileira, abrangendo a saúde, a cultura, o esporte, o lazer, bem como a educação. Trata também da liberdade religiosa, do mercado de trabalho e da mulher negra, ainda mais vitimizada.

No campo educacional, recentemente sancionou-se importante conquista para o movimento negro e para o mundo jurídico no que diz respeito à materialização da igualdade, na busca também por direitos sociais: a Lei n. 12.711/12, chamada Lei de Cotas, a qual define que as universidades federais e as escolas federais de ensino técnico (nível médio) devem reservar 50% das vagas para alunos oriundos de escolas públicas. Metade das vagas reservadas serão destinadas a alunos com renda familiar “per capita” igual ou inferior a 1,5 salário mínimo. Proporcionalmente à composição étnico-racial de cada Estado, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, serão aplicadas as cotas para negros e indígenas.

Observa-se que o critério escolhido pela sociedade para beneficiar esse tipo de minoria mudou de acordo com a alteração da dinâmica social. A Ministra da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Luiza Bairros, comentou, em matéria publicada no Jornal Gazeta do Povo de 21 de novembro de 2012, que não mais se pensa em promover discriminação positiva a negros indistintamente. Luiza Bairros acredita que essa nova medida irá estimular a melhoria no ensino médio das escolas estaduais, pois tende a atrair o aluno às escolas públicas.

²⁰⁹ Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-09-20/negros-representam-quase-80-da-nova-classe-media-mostra-estudo>>. Acesso em 20 de setembro de 2012.

Em matéria publicada no Jornal Gazeta do Povo, veiculou-se a estimativa de que, com o advento da Lei n.12.711/12, as universidades públicas deverão receber 52 mil negros por ano como alunos. O número é empolgante, na medida em que apenas 8,7 mil negros eram aprovados anualmente nos vestibulares de instituições públicas de ensino²¹⁰.

Apesar das conquistas no âmbito racial, ainda se verifica a resistência em reconhecer no Brasil um país essencialmente negro. A título de exemplo, pode-se citar a rejeição - por 29 votos contrários - de um feriado da Consciência Negra no Estado do Paraná, ainda que seja por motivo de suposto prejuízo econômico²¹¹.

Segundo Alzira Rufino isso se deve à negação da identidade racial. Desse modo, a autora afirma que a população brasileira não sabe a cor que tem. Ainda “A pressão sofrida pela população negra, devido ao processo de desvalorização da sua raça, levou muitos afrodescendentes à alienação e a negação da sua identidade racial.”²¹².

Diante de direitos já formalizados, necessitando apenas de estrito rigor no seu cumprimento, Joaquim Shiraishi Neto afirma que a questão não é reconhecer direitos, o que corresponde ao reconhecimento formal, mas sim de exercitar o processo de integração²¹³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de esgotar o tema, tão abrangente e atual, o presente estudo se ateve a demonstrar, sob uma ampla visão, a desigualdade do passado e do presente. A esperança de dias melhores no campo das relações raciais, conforme índices que começam a aparecer, é o que move a luta por direitos.

²¹⁰ GALINDO, Rogerio Waldrigues. **Cotas devem colocar 52 mil negros por ano na universidade.** Gazeta do Povo, 10 de setembro de 2012. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/blog/caixazero/?id=1295749&tit=cotas-devem-colocar-52-mil-negros-por-ano-na-universidade>>. Acesso em 20 de novembro de 2012.

²¹¹ GALINDO, Rogerio Waldrigues. **Só PV, PT e Pugliesi votam por feriado da Consciência Negra.** Gazeta do Povo, 01 de dezembro de 2011.

²¹² RUFINO, Alzira. Configurações em preto e branco. In: ASHOKA Empreendimentos Sociais e Takano Cidadania. **Racismos contemporâneos.** Rio de Janeiro: Takano, 2003, p. 31.

²¹³ NETO, Joaquim Shiraishi. **O Direito das minorias:** passagem do “invisível” real para o “visível” formal?. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2004, p. 52.

Vive-se uma verdadeira revolução no sentido de conquistas do movimento negro. O negro passa a ser visto com outros olhos, sendo também passível do belo, do culto e do inteligente.

Com os primeiros resultados das cotas raciais nas universidades, começa a se formar a ideia de representatividade do negro em posições intelectuais mais elevadas na sociedade, servindo como exemplo àquele que ainda não enxergou suas oportunidades.

Vive-se, hoje, o início da aceitação e da vivência do multiculturalismo.

É a partir dos resultados que se ganha energia para lutar contra o preconceito racial, além do racismo institucional²¹⁴, que assola o país.

A adoção de ações afirmativas, em consonância com o momento constitucional que se vive, representa importante conquista na busca pela igualdade material.

A declaração de constitucionalidade das políticas de cotas para negros nas Universidades, por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 representou marco histórico no mundo jurídico no que concerne à minoria negra.

Passado o prazo estabelecido para que seja atendido o caráter transitório desse tipo de política, poder-se-á observar os resultados, que já começam a ser verificados, referentes não só à ascensão social do negro individualmente. Será possível a anotação também sobre a mudança social no tratamento do negro, além das melhorias no desenvolvimento nacional, uma vez que a maioria da população brasileira é negra.

²¹⁴ Dora Lúcia de Lima Bertúlio descreve o racismo institucional nos seguintes termos: “O racismo institucional exercido na estrutura jurídica apresentada, compõe, assim, uma das violências mais explícitas no cotidiano das vidas negras no Brasil. Quer em seu sistema repressivo institucionalizado – as polícias, quando exercem seus poderes de controle e repressão e investigação, o exercem preponderantemente sobre a população negra, pela razão única de pertencimento racial ao grupo negro”. (BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. **Racismo, violência e Direitos Humanos**: Considerações sobre a Discriminação de Raça e Gênero na Sociedade Disponível em <<http://sites.multiweb.ufsm.br/afirme/docs/Artigos/dora02.pdf>>. Acesso em 12 de novembro de 2012).

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Direito internacional Penal: (*Delicta Iuris Gentium*)**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed., Brasília: CORDE, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Rosana Carrijo. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**. Jan/Jul de 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v.1, n.1, 2001.

BELL, Daniel. Ethnicity and social change. In: GLAZER, Nathan; MOYNIHAN, Daniel Patrick. (Eds.) **Ethnicity: theory and experience**. Harvard University Press, 1975.

BEOZZO, José Oscar. A Igreja na crise final do Império (1875-1888). In: **História Geral da Igreja no Brasil**. Tomo II, segunda época – século XIX. Editora Vozes: Petrópolis, 1980.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. Ação Afirmativa no Ensino Superior - considerações sobre a responsabilidade do Estado Brasileiro na promoção do acesso de negros à Universidade - o Sistema Jurídico Nacional. In: **O negro na universidade: direito à inclusão**. Jairo Queiroz Pacheco, Maria Nilza da Silva (orgs.) – Brasília, DF :Fundação Cultural Palmares, 2007.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. **Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1989.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. Racismo, violência e Direitos Humanos: Considerações sobre a Discriminação de Raça e Gênero na Sociedade Disponível em <<http://sites.multiweb.ufsm.br/afirme/docs/Artigos/dora02.pdf>>. Acesso em 12 de novembro de 2012.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 16ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário de política**. v.2. 5.ed. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Estudo das desigualdades raciais, racismo e políticas públicas, 2008.

BRASIL. **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. Brasília, IPEA/ SPM/ Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher, 2008.

BREUS, Thiago Lima Breus. **Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos Direitos Humanos**. Disponível em www.iea.usp.br/artigos. Acesso em 04 de novembro de 2012.

CARBONNIER, Jean. **Sociologia Jurídica**. Coimbra: Almedina, 1979.

CARVALHO, José Jorge. **Inclusão Étnica e Racial no Brasil**, São Paulo: Attar, 2005.

CESAR, Raquel Correia. L. **Questões jurídicas do sistema de reserva de vagas na universidade Brasileira: um estudo comparado entre a Uerj, a Unb e a Uneb**. Programa Políticas da Cor na Educação Brasileira. Série Ensaio & Pesquisas 2, 2003. Disponível em <www.politicasdacor.net>. Acesso em 30 de outubro de 2012.

CHIAVENATO, Julio Jose. **O negro no Brasil: da senzala à abolição**. São Paulo: Moderna, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIAS, Rosana Queiroz. "Políticas e programas de promoção de igualdade". In: **Anais do Seminário Relações Raciais e Mercado de Trabalho**. Belo Horizonte: Instituto de Relações Internacionais e Lumen - Instituto de Pesquisa da Pontifícia Universidade Católica, dezembro, 1997.

Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Disponível em <<http://www.dicionariodoaurelio.com>>.

DUARTE, Evandro Charles Piza. **A Revista Veja e a Polêmica sobre a indeterminação dos conceitos utilizados nas políticas de acesso ao Ensino Superior: As “cotas raciais” no Ensino Superior provocam mais erros e enganos do que o padrão “mérito” dos vestibulares e os demais critérios de inclusão social (renda e escola pública)?**. Disponível em <www.neab.ufpr.br/pdf/Revista_veja_conceitos_Cotas_raciais.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

DULCE, Maria José Farinãs. **Ciudadania ‘universal’ versus cidadania ‘fragmentada’**. Rivista Quadrimestrale Sociologia Del Diritto, Itália, ano XXVII, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. XII.

FERES JUNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas (Org.). **Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2006.

FERNANDES, Florestan. **Integração do Negro na Sociedade de Classes**. São Paulo: Ática 1978.

FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**. 2 ed. São Paulo: Global, 2007.

FERNANDES, Florestan. Relações de raça no Brasil: realidade e mito: In. FURTADO, Celso. (Coord.). **Brasil: tempos modernos**. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

FERRAZ, Fernando Basto. **Princípio constitucional da igualdade**. São Paulo, Revista LTR 69-10, 2005.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008.

FREITAS, Décio. **Escravidão e Mercantilismo**. Brasília: Senado Federal. Ministério da Ciência e Tecnologia. Centros de Estudos Estratégicos, 2002, t. II, v. III.

FREITAS, Décio. **Palmares: a guerra dos escravos**. 5 ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1984.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa, **Ação Afirmativa & princípio constitucional da igualdade (O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Disponível em: <<http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>>. Acessado em 21 de junho de 2012.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: **Seminário Internacional as minorias e o direito** (2001: Brasília)/ Conselho da Justiça Federal,

Centro de Estudos Judiciários; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council. – Brasília: CJP, 2003.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo; HUNTLEY, Lynn (Orgs.). **Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

HASENBALG, Carlos. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **História Geral da Civilização Brasileira: Reações e Transações**. 2 ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

IANNI, Octavio. **As metamorfoses do escravo**. 2.ed. São Paulo: Hucitec, 1988.

IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

JACCOUD, Luciana de Barros e BEGHIN, Nathalie. **Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental** - Brasília : Ipea, 2002.

JANSEN, Geziela. **Política de Cotas Raciais em universidades brasileiras: entre a legitimidade e a eficácia**. Curitiba: Juruá, 2010.

MACHADO, Maria Helena. **O Plano e o pânico: os movimentos sociais na década da abolição**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, EDUSP, 1994.

MADRUGA, Sidney. **Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Tomo I, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MAIA, Luciano Mariz. **Os direitos das minorias étnicas**. Disponível em <www2.mre.gov.br/ipri/Rodrigo/.../1-Luciano%20Mariz%20Maia.rtf>. Acesso em 10 de agosto de 2012.

MARÇAL, José Antonio. **Política de Ação Afirmativa na Universidade Federal do Paraná e a formação de intelectuais negros(as)**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal.

MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia: uma introdução**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MARTINS, Sergio da Silva. **Ação afirmativa e desigualdade racial no Brasil**. Estudos Feministas. IFCS/UFRJ-PPCIS/UERJ, v. 4, n.1, 1996.

MATTOS, Hebe. **Das Cores do Silêncio: os significados da Liberdade no Sudeste Escravista – Brasil Século XIX**. Rio de Janeiro. Arquivo Nacional, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891**. 1918.

MENEZES, Paulo Lucena de. Ação afirmativa: o modelo jurídico internacional e a experiência brasileira. In: **Revista dos Tribunais**, v. 816, outubro de 2003.

MONTEIRO, Christiane Schorr. A luta das mulheres por reconhecimento. In: **Cidadania, diversidade e reconhecimento: produção associada ao projeto de pesquisa “cidadania em sociedades multiculturais: incluindo o reconhecimento/ Organização [de] João Martins Bertaso – Santo Ângelo: FURI, 2009.**

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 8 - Junho de 2006.

MUNANGA, Kabengele, GOMES, Nilma Lino. **O negro no Brasil de hoje**. São Paulo: Global, 2006.

MUNANGA, Kabengele. Considerações sobre as políticas de ação afirmativa no ensino superior. PACHECO, Jairo Queiroz e SILVA, Maria Nilza da (orgs) In: **O negro na universidade: direito à inclusão**. Brasília, DF: Fundação Cultural Palmares, 2007.

MUNANGA, Kabengele. **Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra**. 3 ed. Belo Horizonte: Autêntica: 2008.

NETO, Joaquim Shiraishi. **O Direito das minorias: passagem do “invisível” real para o “visível” formal?**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2004.

O'DONNELL, Daniel: **Protección Internacional de los Derechos Humanos**. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1998.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PINSKY, Jaime. **Escravidão no Brasil**. 16ª ed. – São Paulo: Contexto, 1998. – (Repensando a História).

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 16, n. 3, 2008. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-26X2008000300010&lng=en&nrm=iso. Acesso em 01 de agosto de 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2ª ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 15, 1996.

RUFINO, Alzira. Configurações em preto e branco. In: ASHOKA Empreendimentos Sociais e Takano Cidadania. **Racismos contemporâneos**. Rio de Janeiro: Takano, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. A igualdade ético-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação de fato, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

SILVA JÚNIOR, Hédio. Ação afirmativa para negros (as) nas universidades: a concretização do princípio constitucional da igualdade. IN: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e. SILVÉRIO, Valter Roberto (Org.). **Educação e Ações Afirmativas / Entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica**. Brasília: INEP, 2003.

SILVA, André Luiz Nunes da. **Ações afirmativas e cotas raciais na Universidade: uma via de promoção da igualdade material**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

SILVA, Carlos Benedito Rodrigues da. AÇÕES AFIRMATIVAS: uma proposta de superação do racismo e das desigualdades. In: **Revista de políticas públicas** – Vol. 1, n. 1 (Jan/Jun. 1995) - São Luis: EDFUMA, 1995.

SILVA, Cidinha da. Ações afirmativas em educação: um debate para além das cotas In: SILVA, Cidinha da (org.). **Ações afirmativas em educação: experiências brasileiras**. São Paulo: Summus, 2003.

SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os sentidos da justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira e PICCIRILLO, Miguel Belinari. **Direitos fundamentais: do Estado liberal ao Estado moderno, um enfoque as dimensões dos direitos fundamentais**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2960>. Acesso em 23 de novembro de 2012.

SKIDMORE, Thomas Elliot. **Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SKLIAR, C. B. . A educação e a pergunta pelos Outros. Diferença, alteridade, diversidade e os outros outros.. Ponto de Vista (UFSC), Florianópolis, v. 5, 2003.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOUSA, Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumentos de concretização da igualdade material**. São Paulo: All Print Editora, 2008.

SZKLARZ, Eduardo. **Nazismo**. Revista Super Interessante, n.215, p.38-39, jun. 2005.

TALAMINI, Eduardo. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: função e estrutura. In: FUX, Luiz, NERY JR., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2006.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O Direito Quântico**. São Paulo: Ed Juarez de Oliveira, 2003.

TRINDADE, Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

VILLAS-BOAS, Renata Malta. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade**. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WUCHER, Gabi. Minorias: **Proteção Internacional em Prol da Democracia** – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.